Der Rechtsschutz des eingetragenen Warenzeichens

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen Juristischen Fakultät an der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorlegt von

Franz Brink

aus Metelen in Westfalen

Referendar am Landgericht zu Münster i. W.

Approbiert am 3. August 1929.

40 31

Gedruckt bei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten i. Westf.

1 * 9 * 2 * 9

29-358

Der Rechtsschutz des eingetragenen Warenzeichens

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der Hohen Juristischen Fakultät an der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorlegt von

Franz Brink

aus Metelen in Westfalen

Referendar am Landgericht zu Münster i. W.

Approbiert am 3. August 1929.

40 31

Gedruckt bei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten i. Westf.

1 * 9 * 2 * 9

Referent: Professor Dr. Locher

R. UNIV
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner toten Mutter
Meinem Vater

Jnhalts-Uebersicht.

Erster Abschnitt:

I. Begriff und allgemeine Charakterisierung der Bedeutung des Warenzeichens.
II. Das Warenzeichenrecht als Wettbewerbsrecht.

Zweiter Abschnitt:

I. Der Rechtsschutz im allgemeinen.
II. Die Unterlassungsklage.
  a) Jhre Rechtsnatur.
  b) Der Tatbestand.
  c) Die Wiederholungsgefahr als Rechtsschutzvoraussetzung.
  d) Die Widerrechtlichkeit.
  e) Der Berechtigte.
  f) Der Verpflichtete.
  g) Das Verfahren.
III. Die Feststellungsklage.
IV. Vorläufige Rechtsbehelfe.
  a) Die einstweilige Verfügung.
  b) Das Verfahren zur Sicherung des Beweises nach § 485 ZPO.
V. Die Entschädigungsklage.
  a) Die objektiven Voraussetzungen.
    1) Die Verletzung des Zeichens.
    2) Die Widerrechtlichkeit.
    3) Der Schaden.
  b) Die subjektiven Voraussetzungen.
    1) Die Wissentlichkeit.
    2) Die grobe Fahrlässigkeit.
    3) Der Jrrtum.
  c) Der Entschädigungsberechtigte.
  d) Der Entschädigungsverpflichtete.
  e) Der Entschädigungsanspruch.
  f) Die Beweislast.
  g) Die sachliche und örtliche Zuständigkeit.
VI. Die Strafverfolgung des Störers.
  a) Der Tatbestand des Delikts.
  b) Vollendung und Versuch.
  c) Das fortgesetzte Vergehen.
  d) Die Täterschaft.
  e) Die Teilnahme.
  f) Die Verfolgung.

Der Rechtsschutz des eingetragenen Warenzeichens.

Erster Abschnitt.

I. Begriff und allgemeine Charakterisierung der Bedeutung des Warenzeichens.

Wie alle heute geltenden Bestimmungen über Markenschutz und Zeichenrecht, gibt auch das deutsche Reichsrecht in § 1 des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12. 5. 1894 für das Warenzeichen die Begriffsbestimmung dahin, dass der Erzeuger sowohl wie der Kaufmann ihre Waren mit einer Marke, einem Zeichen versehen, um sie dritten Personen gegenüber als von ihm herrührend zu bezeichnen und Abnehmern und Konsumenten die Unterscheidung seiner Waren von gleichartigen Waren anderer zu erleichtern. Die Warenbezeichnung, das Warenzeichen, kann in mannigfaltigster Art zum Ausdruck gebracht, es kann an der Ware selbst oder an ihrer Verpackung, Umhüllung, Aufmachung, Ausstattung oder auf Verzeichnissen, Ankündigung der Ware usw. angebracht sein. Es soll dadurch der Ursprung und die Herkunft der Ware gekennzeichnet sein. Das Zeichen macht die Ware leicht erkennbar, auffindbar und soll die Urheberschaft und das Recht an der Ware schützen. Soweit es zunächst die Eigenart der Herstellung der Ware charakterisieren soll, ist es ein Fabrikzeichen, soweit es dem Handel dienen soll, eine Handelsmarke, immer aber erfüllt es als Hauptzweck die Kennzeichnung der Ware.

Der Begriff der Warenbezeichnungen umfasst im weiteren Sinne sämtliche Kennzeichnungsmittel, die zur Unterschei-

dung der Waren ihrem Ursprungs-, Herstellungs- und Vertriebsorte nach dienen.[1]) Darunter fallen neben dem im § 1 des Gesetzes genannten eingetragenen Warenzeichen, das aus einem besonderen, mit der Ware selbst oder der Umhüllung in Zusammenhang gebrachten Kennzeichen besteht, alle sonstigen irgendwie verwendbaren Kennzeichnungsmittel, die zur Unterscheidung der Waren geeignet sind. Dies gilt besonders vom Namen und der Firma des Kaufmannes, insbesondere aber auch von der in § 15 genannten Ausstattung der Ware, worunter die besondere Art eines Kaufmannes, seine Waren oder deren Umhüllung, Verpackung, die Geschäftsbücher aufzumachen, das „Gewand der Ware, in dem diese in den Verkehr, zumal in den Kleinverkehr kommt",[2]) zu verstehen ist. Weiterhin gehören dazu auch die in § 16 aufgeführten Zeichen und Ortsbezeichnungen, die Herkunftsbezeichnung. Daher betont besonders Schmid[3]): „Es ist im deutschen Recht scharf zwischen dem eigentlichen Markenrecht und dem Recht an sonstigen Warenkennzeichnungen zu unterscheiden und zu berücksichtigen, dass ausser dem Warenbezeichnungsgesetz auch noch das Gesetz wider den unlauteren Wettbewerb insofern einen Warenbezeichnungsschutz enthält, als es z. B. das unrechtmässige Versehen von Waren oder Verpackungen mit Medaillen, Ankündigungen von gewerblichen Auszeichnungen usw. verbietet."

Alle diese einzelnen Warenbezeichnungen geniessen gesetzlichen Schutz gegen Verletzungen, der jedoch an verschiedenartigste Voraussetzungen geknüpft ist; doch nur die Schutzansprüche, die dem berechtigten Jnhaber eines eingetragenen Warenzeichens zustehen, bilden den Gegenstand dieser Abhandlung.

Die hohe Bedeutung des Warenzeichens liegt einmal auf weltwirtschaftlichem Gebiete. Je lebhafter sich der deutsche

---

[1]) Kent, S. 11, Nr. 1. Freund u. Magnus, S. 1, Anm. 1.
[2]) Elkan, S. 13; auch Finger WZG., S. 348, Anm. 2a; Hederich, S. 5.
[3]) Schmid, a. a. O., S. 8.

Handels- und Gewerbestand an dem internationalen Wettbewerb beteiligt, desto stärker wird naturgemäss auch sein Jnteresse, seinen Waren auf dem Weltmarkte durch Zeichen, die auf gleichbleibende Güte schliessen lassen und leichte Erkennung der Herkunft ermöglichen, verstärkten und verbesserten Absatz zu verschaffen. Andererseits zwingt das Warenzeichen gewisse Kaufleute, sich offen als Erzeuger der Ware zu bekennen und mit der Gewohnheit zu brechen, aus Vorliebe für ausländische Erzeugnisse eigenen Waren den Schein einer fremdländischen Herkunft zu geben.

Ebenso wie der Produzent hat auch der Kaufmann ein nicht minder grosses Jnteresse an der Kenntlichmachung der von ihm geführten Waren. Es genügt ihm nicht, dass die Verbraucher die bekannt gute Ware eines Erzeugers einkaufen, er verlangt vor allen Dingen, dass sie die Ware durch ihn allein beziehen. Mit der Anbringung der Handelsmarke, die zugleich den Sinn der Qualitätsmarke trägt, hofft der Kaufmann im Wettbewerb bestehen zu können.

Als Dritte sind auch die Verbraucher in steigendem Masse bei der grossen Anzahl der gleiche Waren erzeugenden Produzenten interessiert, weil sie durch das Zeichen vor der Unterschiebung einer nichtgewünschten, vielleicht schlechteren Ware geschützt werden.

II. Das Warenzeichenrecht als Wettbewerbsrecht.

Aus ursprünglichen Ordnungsvorschriften, die nicht so sehr dem Schutze des Zeichenberechtigten als vielmehr allgemeinen staats- und handelspolitischen, handels- und gewerbepolizeilichen Zwecken dienten,[4]) entwickelten sich allmählich in allen Handel und Jndustrie treibenden Ländern Normen,

---

[4]) So äusserten sich die staats- und handelspolitischen Beweggründe in den Massnahmen gegen die allzu mächtig aufstrebende ausländische Konkurrenz, die z. B. Frankreich im Jahre 1886 veranlasste, einen gegen Deutschland gerichteten Gesetzentwurf vorzulegen, wodurch es Ausländern untersagt wird, solche Warenzeichen anzuwenden, die den Anschein erwecken könnten, dass die Ware in Frankreich hergestellt sei. (Lastig, S 181.)

die den Rechtsschutz des Zeichenberechtigten anerkannten. Diese Rechtsnormen gelten heute als Ausfluss eines Privat-Vermögensrechts, dessen Rechtsgrund ein Persönlichkeitsrecht oder ein Jmmaterialgüterrecht bildet.[5]) Die den Rechtsschutz verkörpernden Normen, deren wirtschaftliche Notwendigkeit und sachliche Rechtfertigung die starke Jnanspruchnahme der im Zeichenrecht gegebenen Rechtsbehelfe erwiesen hat, gehören zu den unmittelbaren Wettbewerbsrechten, bilden „eine Spielart des Wettbewerbsrechtes, ein unmittelbares Hilfsmittel gegen unlauteren Wettbewerb.[6]) So weist auch in der Tat der § 14 WZG. gewisse gleiche Grundgedanken mit den §§ 1 und 16 UWG. auf .Das Zeichenrecht hat keine Erfindung oder ein Werk an sich, sondern die Bezeichnung der Ware zum Gegenstand. Es zeigt seine Wirksamkeit gleich anderen Wettbewerbsrechten nicht so sehr in urheber- oder erfinderrechtlicher, sondern in wettbewerblicher Hinsicht und muss als ein Ausschnitt aus dem Wettbewerbsrecht bezeichnet werden.[7]) Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit und Berechtigung bei der Frage des Rechtsschutzes der Warenzeichen, die allgemeinen Grundsätze des Wettbewerbsschutzes zur Lösung heranzuziehen.

Zweiter Abschnitt.

1. Der Rechtsschutz im allgemeinen.

Der Rechtsschutz gegen Verletzungen des Zeichenrechts hat seinen Niederschlag in den §§ 12, 14, 18, 19 des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894, in

---

[5]) Es erübrigt sich, hierauf näher einzugehen, da die Frage des Rechtsschutzes dadurch nicht berührt wird. Vgl. dazu jedoch die eingehenden Darlegungen bei Kohler, S. 62 ff.; Eismann, S. 19 ff.; Hagens, S. 32; Osterrieth, S. 8; Degen in Gew. RSch. 14, S. 144; Finger, UWG. 167, 229; Weidler, S. 1 ff.

[6]) Elster, S. 360.

[7]) RG. 100, S. 25; 106, S. 254; 120, S. 328; RG. in MuW. 24, S. 135; 26, S. 256; Elster, S. 361/62; Pinner-Elster, § 1' Anm. 4; Pinzger-Heinemann, § 1, Anm. 1.

der Fassung vom 7. Dezember 1923 gefunden. Der auf strengem Formalismus aufgebaute Rechtsschutz ist durch die allgemeinen bürgerlich-rechtlichen und strafrechtlichen Bestimmungen ergänzt, deren Anwendung durch das Warenzeichengesetz als das den Rechtsschutz erschöpfend und einheitlich regelnde Spezialgesetz nicht ausgeschlossen ist.

Die Verbindung der dem Zeichenberechttigten zustehenden Klagen ist nach § 260 ZPO. zulässig. Nachdem das RG.[8]) die Verpflichtung des Entschädigungsverpflichteten zur Auskunft anerkannt hat, dürfte besonders für den Fall der Vorbereitung auf eine spätere Entschädigungsklage die Verbindung der Klagen auf Unterlassung, Feststellung der Ersatzpflicht und Auskunft zweckmässig sein.

So sehr auch ein vollkommener Schutz des im ehrlichen Wettbewerbe stehenden Kaufmannes wünschenswert erscheint, so ist bei dem streng formalistischen Prinzip, das unser Warenzeichenrecht beherrscht, andererseits nicht die überaus grosse Gefahr zu verkennen, die aus einer übermässigen Anspannung und Ausnutzung des Zeichenrechts erwachsen kann. Mit Rücksicht hierauf haben sich in langsamer, aber stetiger Erkenntnis in der Rechtsprechung wie Literatur leitende Rechtsgrundsätze herausgebildet, die in hervorragendem Masse geeignet sind, die sich aus dem Formalismus ergebenden Härten abzuschwächen und zu mildern. Diese Rechtsgrundsätze sind bei der Beurteilung sämtlicher, den Jnhabern eines eingetragenen Warenzeichens zukommender Ansprüche zu berücksichtigen. Jhre Beobachtung ist besonders dann von ausschlaggebender Wichtigkeit, wenn das formal begründete Rechtsbegehren materiell in keiner Weise zu billigen ist, wenn die formal durch die Eintragung geschaffene Rechtslage durch das Verhalten des Zeicheninhabers nicht gerechtfertigt wird. Dies dürfte besonders häufig zutreffen, bei den Ansprüchen der Jnhaber sog.

---

[8]) Bd. 108, S. 1; RG. in MuW. 22, S. 191; RG. in PMZBl. 23, S. 109.

Defensiv- und Vorratszeichen[9]), denen das RG. zwar in fester Rechtsprechung den vollen uneingeschränkten Schutz gewährt, dabei aber stets betont, „dass der Zweck und der Beweggrund der Eintragung eines Abwehrzeichens von Bedeutung werden könne, wenn und so weit durch die Verfolgung der Rechte aus der Eintragung des Abwehrzeichens die Grenzen lauteren Wettbewerbs und der guten Sitten überschritten würden. Auch das formelle Zeichenrecht dürfe nur innerhalb der Grenzen ausgeübt werden, die das Recht höherer Ordnung setze. Somit müsste bei allen Ansprüchen des Jnhabers eines nicht benutzten, besonders des Abwehrzeichens geprüft werden, ob ein schutzwürdiges Jnteresse vorliege oder ob er nicht vielmehr mit seinem formalen Zeichenrecht einen nach den Grundsätzen des einwandfreien Geschäftsverkehres abzulehnenden Missbrauch treibe."[10])

Ein Missbrauch, eine unlautere Beschränkung fremder Gewerbetätigkeit liegt besonders dann vor, wenn durch die Defensivzeichen nicht so sehr der Schutzbezirk des Hauptzeichens gesichert wird, als vielmehr eine „unzulässige Monopolstellung auf Kosten der Freiheit des Verkehrs"[11]) erreicht werden soll. Die Unlauterkeit ergibt sich an sich auch daraus,

---

[9]) Das Defensivzeichen wird zur Abwehr eingetragen, während das Vorratszeichen künftigem Gebrauche dienen soll. Das Zeichen wird in beiden Fällen eingetragen, obwohl der Anmelder sich des Zeichens nicht bedienen will. Doch ist ein gewisses Bedürfnis für die Eintragung derartiger Zeichen nicht zu verkennen. So werden vielfach einem Wortzeichen ähnlich klingende Worte lediglich aus dem Grunde eingetragen, um nach Möglichkeit jede, auch entferntliegende Nachahmung zu verhindern. Die Zulässigkeit der Eintragung von Vorrats- und Defensivzeichen ist auch in der Rechtssprechung anerkannt. Das RG. Bd. 101, S. 373 sagt, der Warenzeichenschutz beziehe sich auch auf solche Zeichen, die nach der Absicht des Anmeldenden gar nicht bestimmt sind, für einen in angemessener Zeit zu eröffnenden Geschäftsbetrieb zu dienen, sofern sich nur ihre Anmeldung nach den Bedürfnissen des Verkehrs als eine vorsorgliche erweise.

[10]) RG. D. JZ. 1927, S. 676.

[11]) Rosenthal, a. a. O., S. 133.

dass die Zeichen nur den Zweck haben sollen, den Gewerbebetrieb des andern zu stören, ohne gleichzeitig den eigenen zu fördern.

Jn allen solchen Fällen ist der Rechtsschutz zu versagen, da das Verhalten des Zeichenbenutzers einem Verstoss gegen § 1 UWG., §§ 226, 826 BGB. nahekommt.

Auch das wirtschaftlich nicht mehr zur Verwendung gelangende, aber noch eingetragene Zeichen darf nicht bloss wegen der formalen Berechtigung den gesetzlichen Schutz geniessen, wie auch gegen die Eintragung des lebenden, in Verkehrsgeltung stehenden Zeichens nicht der Vorwurf der Verwechslungsgefahr erhoben werden darf. Der wirtschaftliche Verkehr würde dadurch gelähmt, einer freien wirtschaftlichen Entfaltung würden unerträgliche Schranken gesetzt, die von einer rein formalen Berechtigung auf Grund der bestehenden Eintragung nicht gerechtfertigt sind. So kristallisiert sich der von Endemann[12]) formulierte beherrschende Rechtsgrundsatz: „Das ehrlich errungene Arbeitsergebnis an der zur Verkehrsgeltung gebrachten Marke verdient höheren Schutz als die nur formale Berechtigung auf Grund der Eintragung des Warenzeichens."

II. Die Unterlassungsklage.

Von grösster praktischer Bedeutung unter den Ansprüchen des Jnhabers eines eingetragenen Zeichens ist der Unterlassungsanspruch, der bei widerrechtlicher Beeinträchtigung des Zeichenrechts nach allgemeinen Grundsätzen in Verbindung mit § 12 WZG., der dem Jnhaber eines eingetragenen Zeichens das Recht der ausschliesslichen Benutzung gewährt, gegeben ist . Die Unterlassungsklage ist zulässig,[13]) wie bei allen absoluten Rechten des § 823, Abs. 1 BGB. Die widerrechtliche Beeinträchtigung des Zeichenrechts stellt einen Eingriff in den „eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb"

---

[12]) Endemann, a. a. O., DJZ. 1927, S. 894.
[13]) Vgl. Mannhardt, a. a. O., S. 416 ff.

dar, den das RG. in neuerer Rechtsprechung[14]) als absolutes, subjektives Recht anerkennt und der wie das Eigentum (§ 1004 BGB.), der Besitz (§§ 861, 862) und der Name (§ 12 BGB.) gegen objektive rechtswidrige Eingriffe zu schützen ist.

a) Ihre Rechtsnatur.

Die Unterlassungsklage ergibt sich aus der analogen Anwendung des § 1004 BGB.,[15]) einmal als negatorische Abwehrklage, die sich gegen die bestehende und fernere widerrechtliche Zeichenbenutzung schlechthin richtet, zweitens als quasi-negatorische Untersagungsklage, die weiteren zu befürchtenden Eingriffen als Ergänzung und in Verbindung mit der Schadensersatzklage aus § 14 WZG. vorbeugen will. So führt das RG.[16]) aus: „Dem durch einen widerrechtlichen Eingriff in ein durch das Gesetz geschütztes Rechtsgut Betroffenen steht die actio quasi negatoria zu, wenn weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind. Der Anspruch auf Unterlassung der Vornahme von Handlungen beschränkt sich nicht auf das Gebiet der unerlaubten Handlungen; jeder auch nur objektiv widerrechtliche Eingriff in ein vom Gesetz geschütztes Recht berechtigt zu einer Klage auf Unterlassung, wenn weitere Eingriffe zu befürchten sind. Das Schuldmoment kommt bei einer solchen Klage nicht in Betracht, wenn nur fernere Beeinträchtigungen zu erwarten sind."

Neben diesen beiden Arten der Unterlassungsklage ist auch der deliktische Unterlassungsanspruch dann gegeben, wenn sowohl objektiv, wie subjektiv der Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt ist, also ein Verschulden vorliegt. In all den Fällen, wo eine Schadensersatzverpflichtung kraft Gesetzes oder eine Bestrafung wie in § 14 WZG. eintritt, greift auch die einfachere Form des Rechtsschutzes, die Unterlassungsklage, Platz, um fernere Eingriffe zu versagen.[17])

---

[14]) Bd. 65, S. 210; 77, S. 217; 79, S. 226; in JW. 06, S. 165; 1911, S. 572; 1913, S. 34.

[15]) Vgl. RG. in Gew. RSch. 1911, S. 240.

[16]) Bd. 60, S. 6.

Sowohl aus Gründen der öffentlichen Ordnung, als auch des Privatrechts ist der störende Verletzer verpflichtet, die widerrechtlichen Beeinträchtigungen der Rechtssphäre des Dritten zu unterlassen. Der § 826 BGB., wozu der § 14 WZG. eine spezialisierende Bestimmung darstellt, enthält nach der Ansicht des RG., wenn er auch ausdrücklich nur die Schadensersatzpflicht statuiert, doch der Sache nach zugleich den Ausdruck der Verbindlichkeit zur Unterlassung.

Betreffs der Frage der Zulässigkeit der deliktischen Unterlassungsklage ist in der Literatur[18]) noch keine Einmütigkeit erzielt. Der Streit ist hier nicht von Belang, da die Unterlassungsklage, wenn nicht aus § 14 als deliktische, so doch sicherlich meistens aus § 12 in Verbindung mit allgemeinen Grundsätzen gerechtfertigt ist.

b) Der Tatbestand.

Zur Geltendmachung der Unterlassungsklage ist Voraussetzung die Verletzung des eingetragenen Zeichenrechts, eine Störung der unbehinderten Ausnutzung des Zeichenrechts, ferner das Fortbestehen dieses widerrechtlichen Zustandes oder die Besorgnis weiterer rechtswidriger Eingriffe. Wann eine Störung, eine Verletzung des Zeichenrechts vorliegt, richtet sich nach den in § 12 WZG. gegebenen Merkmalen, also immer dann, wenn das dem eingetragenen Jnhaber des Zeichens zustehende Recht von einem Dritten unbefugter Weise missbraucht wird, wenn der Dritte Waren der angemeldeten Art, deren Verpackung und Umhüllung oder Ankündigungen usw. ohne Befugnis mit dem Zeichen versieht, oder so gekennzeichnete Waren ohne Befugnis in den Verkehr setzt.

---

[17]) Vgl. RG. 48, S. 120. Ferner RG. in JW. 96, S. 709; 1900, S. 896; 1901, S. 13; 1903, S. 128.

[18]) Vgl. zustimmend Seligsohn, a. a. O., S. 230; Rosenthal, S. 41/42; Salinger in Gruchot 64, S. 264 ff. — Ablehnend Lobe in Gew. RSch. 1917, S .15 ff.; Schmid, S. 77.

Unter Waren sind alle beweglichen körperlichen Gegenstände, auch Naturprodukte zu verstehen, die zum Verkaufe stehen oder miet- und leihweise überlassen werden.[19]) Das Zeichenrecht erstreckt sich nicht nur auf die bei der Anmeldung angeführten, sondern auch auf alle gleichartigen Waren.[20]) Der Ware gleichgestellt ist im § 12 WZG. die Verpackung und Umhüllung. Die Worte Verpackung und Umhüllung bedeuten begrifflich in gleicher Weise jede Hülle, „welche eine einzelne Sache oder eine Sachmenge in einer dieselbe gegen äussere Einwirkungen mehr oder weniger sicherstellenden Weise umgibt und etwa, wenn der konkreten Ware nach ihrer natürlichen Beschaffenheit die Eigenschaft einer Sache von fester, geschlossener, ein einheitliches Ganze bildender Form abgeht, diese Ware zu einem quantitativ bestimmten Ganzen, zu einer Spezies zusammengefasst wird, und hierdurch überhaupt ermöglicht, dass sie ein Gegenstand wirtschaftlichen Verkehrs werde"[21]). Unter den Begriff Verpackung und Umhüllung fallen somit sämtliche Behältnisse, in denen die Ware zum Versand gebracht und zum Verkauf gestellt wird.

Das unbefugte Versehen der Ware oder der Verpackung mit dem Zeichen, d. h. der rein äusserliche Hergang der Herstellung einer wahrnehmbaren Verbindung zwischen Ware und Zeichen, liegt dann vor, wenn das Zeichen wirklich zur Bezeichnung, nicht als Eigentumszeichen verwandt wird, sodass dritte Personen in den Glauben versetzt werden, ein Zeichen vor sich zu haben, das einen bestimmten Ursprungsort der Ware angibt. Dies trifft z. B. nicht zu für das Signierungszeichen auf dem Transport, das zwar zur Unterscheidung der Ware auf dem Transport, aber nicht im Geschäftsverkehr dienen soll.

---

[19]) Vgl. dazu im Einzelnen Allfeld, a. a. O., S. 432/33; Seligsohn, S. 29, 30 und 176.

[20]) RG. 102, S. 355; 108, S. 34.

[21])RGStr. 21, S. 218; ferner Seligsohn, S. 296; Allfeld, S. 551.

Auch die Nichtbeseitigung des vor der Eintragung des Zeichens für einen Dritten rechtmässig angebrachten Zeichens erfüllt den Tatbestand des „Versehens".

Völlig unerheblich ist, wie die Ware, Verpackung und Geschäftspapiere mit dem Zeichen versehen sind. Der Zusammenhang braucht weder ein dauernder noch ein unlösbarer zu sein, sofern nur nach der Auffassung des Verkehrs[21]) eine körperliche Verbindung besteht, aus der die unmittelbare Zusammengehörigkeit des Zeichens mit Ware und Verpackung genügend sicher erhellt.[23])

Ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal ist ausser der widerrechtlichen Anbringung des Zeichens auch noch die Absicht, die Ware mit dem Zeichen in Verkehr zu setzen. Dies ergibt sich aus der Natur des Zeichenschutzes, der nur die Erweckung falscher Vorstellungen über den Herkunftsort innerhalb des Verkehrs vermeiden will. Andererseits genügt es aber, dass zur Zeit der Anbringung des fremden Zeichens das Jnverkehrsetzen beabsichtigt ist, wenn es auch nicht zur Verwirklichung kommt, von der Absicht freiwillig Abstand genommen wird.[24]) Auf sonstige angebliche Absichten des Nachahmers kommt es nicht an. Eine Täuschungs- und Jrreführungsabsicht ist unmassgeblich, da lediglich die objektive Wirkung der Bezeichnung entscheidet.[25])

Zum widerrechtlichen Jnverkehrsetzen gehört diejenige Tätigkeit, wodurch das mit dem fremden Zeichen versehene Gut zum Gegenstand des Verkehrs gemacht, d. h., entweder die tatsächliche oder rechtliche Verfügungsgewalt eines anderen über die Ware begründet oder zum Behufe dieser Begrün-

---

[22]) RGStr. 43, S. 87; 71, S. 47.

[23]) Vgl. dazu RGStr. 21, S. 216; RG. 36, S. 14; Allfeld, S. 553.

[24]) Vgl. hierzu RGStr. 24, S. 99; Allfeld, S. 554 und Seligsohn, S. 182.

[25]) RG. JW. 04, 184; RG. 43, S. 87.

dung die Ware anderen zugänglich gemacht wird.[26]) Darunter fällt der Verkauf, die Versteigerung, die Vermietung, die Schaustellung auf Ausstellungen, die Auslage im Schaufenster und Laden, die Ausfuhr und Durchfuhr, sowie jedes Feilhalten,[27]) das in einem mündlichen oder schriftlichen Angebot bestehen kann. Zum Feilhalten gehört subjektiv die Absicht des Verkaufes, objektiv das äusserlich erkennbare Zugänglichmachen zum Verkaufe.[28]) Wie durch öffentliches Auslegen erfolgt das Feilhalten auch durch Veröffentlichung einer Verkaufsanzeige in einer Zeitung, durch Versendung von Preislisten usw.[29]) Jst die angepriesene Ware nicht vorhanden, so ist auch schon die mit der Ankündigung verbundene Rechtsanmassung verfolgbar.

Gewerbsmässigkeit des Feilbietens wird nicht verlangt, sodass schon das einmalige Angebot an einen eng begrenzten Personenkreis, an Private, genügt.

Auch der Makler, Agent, Kommissionär, Spediteur, Verfrachter und Verwahrer bringt die Ware in Verkehr. Ferner, wer die Ware aus dritter Hand erwirbt und weiter veräussert.

Ein Verstoss gegen das Recht der ausschliesslichen Benutzung von Zeichen auf Ankündigungen usw. ist nicht nur dann gegeben, wenn das fremde Zeichen auf den in § 12 genannten Urkunden, sondern auch dann, wenn es auf sonstigen Gegenständen angebracht wird, wodurch eine Beziehung zu den Waren, für welche das Zeichen eingetragen ist, hergestellt wird. Das Gesetz hat, wie aus dem Beisatz „oder dergleichen" hervorgeht, mit der Aufzählung keine erschöpfende Regelung getroffen. Somit fällt die Anbringung eines frem-

---

[26]) Allfeld, S. 555. A. A. Kent, Nr. 415, der das Jnverkehrsetzen vom Uebergang der Verfügungsgewalt abhängig macht.

[27]) Vgl. Seligsohn, S. 183; Meves, S. 48; Allfeld, S. 555; A. M. Schanze, a. a. O., S. 38.

[28]) RGStr. 4, S. 274; 25, S. 242.

[29]) Vgl. RG. DJZ. 1926, S. 986.

den Zeichens auf jeder geschäftlichen Urkunde hierher, woraus Herstellungsort oder Vertriebsstätte der Ware ersichtlich wird. Zu nennen ist insbesondere noch die Anbringung des Zeichens auf Gebrauchsanweisungen, Briefumschlägen, Quittungen, Kostenanschlägen, Prospekten, Wechselformularen, Firmen- und Ladenschildern, Geschäftswagen, Speisekarten und Zeitungsinseraten.[30])

Der Tatbestand der Unterlassungsklage aus § 12 WZG. ist auch dann gegeben, wenn ein Eingriff in das Zeichenrecht noch nicht erfolgt ist, wohl aber die tatsächliche, rechtlich begründete Besorgnis künftiger rechtswidriger Eingriffe in das Zeichenrecht vorliegt, wenn also Tatsachen gegeben sind, welche die Annahme rechtfertigen, dass solche Eingriffe, die die Ausübung des Rechts gefährden, vorbereitet oder beabsichtigt werden.[31]) Dies liegt sehr häufig in dem blos wörtlichen Bestreiten des Bestehens eines fremden Zeichenrechts, in der Behauptung der Kundschaft gegenüber, ohne Verletzung des eingetragenen Zeichenrechts das Zeichen verwenden zu dürfen. „Alle solche Kundgebungen sind geeignet, das Publikum irrezuführen und das Zeichen zu entwerten."[32])

Sodann ist die negatorische Abwehrklage zulässig, wenn Handlungen Dritter vorliegen, die den geschäftlichen Gebrauch des Zeichens durch einen Nichtberechtigten vorbereiten oder bezwecken, z. B., wenn ein Gewerbetreibender für Konkurrenten des Zeicheninhabers mit dem Zeichen versehene Etiketten, Umhüllungen, Geschäftspapiere usw. auf Bestellung liefert und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es dann unter Verwendung dieses Materials zu der missbräuchlichen Benutzung dieses Zeichens durch den Konkurrenten kommt oder nicht.[33])

---

[30]) Vgl. RGStr. 4, S. 416; RG. 38, S. 135; RG. PMZBl. 2, S. 247.

[31]) RG. 54, S. 415; 101, S. 135; 104, S. 376; JW. 1895, S. 485, Nr. 33; Seligsohn, S. 198; Kent, Nr. 429/30; Allfeld, S. 561.

[32]) Allfeld, S. 561.

[33]) Vgl. Seligsohn, S. 189; Kent, Nr. 429; Allfeld, S. 561; RG. 33, S. 137 ff.

c) **Die Wiederholungsgefahr als Rechtsschutzvoraussetzung.**

Die besondere Rechtsschutzvoraussetzung für die Geltendmachung der Unterlassungsklage ist die Wiederholungsgefahr, die naturgemäss dann wegfällt, wenn zurzeit der Erhebung der Klage die Störung noch fortbesteht und in erster Linie Beseitigung der Störung und sodann Unterlassung der Störung für die Zukunft verlangt wird. Die Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen muss objektiv vorliegen. Bei der Prüfung dieser Frage ist nicht die Auffassung der Parteien über ihr Bestehen oder ihr Vorhandensein zu berücksichtigen,[34]) sondern das Gericht hat unter Zugrundelegung des gesamten Vorbringens der Parteien nach freiem Ermessen zu entscheiden, ob weitere Eingriffe zu besorgen sind.

Für die Berechtigung dieser Annahme hat das Reichsgericht in stetiger Rechtsprechung Grundsätze dahin ausgebildet, dass eine auf Tatsachen sich gründende Wahrscheinlichkeit oder naheliegende Möglichkeit der Wiederholung erforderlich sei[35]) dass ein widerrechtliches Verhalten vor der Klage im allgemeinen zur Annahme der Wiederholungsgefahr ausreicht, dass die begangene Störung ausreichenden Grund bilde für die allein erforderliche Befürchtung, dass das Zeichenrecht weiter verletzt wird.[36]) So erklärt auch das OLG. Hamburg[37]) „Die Tatsache der Rechtsverletzung vor dem Prozess wird regelmässig genügen, um anzunehmen, dass der rechtsverletzende Wille fortbesteht, wenn nicht etwa das spätere Verhalten des Beklagten sichere Garantien zu Gunsten des Klägers bietet. Es genügt, wenn das Gericht von der Möglichkeit überzeugt ist, dass der Beklagte ohne verurteilendes Erkenntnis sein Verhalten fortsetzen könnte."

Im Einzelnen ist hierzu noch folgendes zu bemerken[38]). Für die Feststellung der Wiederholungsgefahr braucht es nicht

---

[34]) RG. Gew. RSch. 1911, S. 341.
[35]) RG. 84, S. 147; 98, S. 269; in L. Z. 1915, S. 133.
[36]) RG. DJZ. 1925, S. 963.
[37]) JW. 1916, S. 289.
[38]) Vgl. Rosenthal, S. 63 ff.

zu genügen, dass Wiederholungen vorgekommen sind, andererseits ist die Feststellung, dass Wiederholungen eingetreten sind, auch nicht erforderlich, da, wie schon gesagt, grundsätzlich die einmalige Störung genügenden Anlass für die Annahme weiterer Störungen bieten kann.

Die Wiederholungsgefahr ist auch vielfach mit Recht aus dem Umstande zu entnehmen, dass das Anbringen von Warenzeichen, das Jnverkehrsetzen der gezeichneten Waren, die Vorbereitung der Ankündigungen sich im Regelfalle nicht als vereinzelte, einmalige Handlungen, sondern als Ausfluss des ausgeübten Gewerbebetriebes darstellen werden.

Es darf auch nicht dasjenige Verhalten des Beklagten, das wahrscheinlich die Folge der Verurteilung sein wird, in Betracht gezogen werden, insbesondere nicht die Erwägung, dass der Beklagte nach Erlass des Urteils keine Wiederholungen mehr vornehmen wird.[39]) Aus dem Verhalten des Beklagten im schwebenden Rechtsstreit kann unter Umständen der Schluss auf die Wiederholungsgefahr gezogen werden, selbst dann, wenn das aussergerichtliche Verhalten und die sonstige Sachlage hierzu keinen Anhalt geben sollte. Wenn schon in vielen Fällen Wiederholungsgefahr darin zu finden sein wird, dass der Beklagte im Rechtsstreit Klagabweisung begehrt,[40]) so ist sie ohne Zweifel dann anzunehmen, wenn der Beklagte das Vorbringen des Klägers ausdrücklich bestreitet und seine Berechtigung zur Benutzung des fremden Zeichens behauptet.[41]) Jm MuW, Band 15, S. 358, wird dies vom Reichsgericht besonders klar zum Ausdruck gebracht: „Der Beklagte hat nur zögernd und widerwillig die Verbreitung der Broschüre eingestellt und noch im Prozess behauptet, zu seiner Handlung berechtigt gewesen zu sein. Es bleibt somit die Möglichkeit bestehen, dass der Beklagte die in der Broschüre enthaltenen Behauptungen weiterverbreitet."

---

[39]) RG 60, S. 6.
[40]) RG. 98, S. 269; in MuW. 11, S. 204; 13, S. 69.
[41]) RG. 56, S. 287; 60, S. 8; 86, S. 255; 96, S. 245; in MuW. 12, S. 416; 13, S. 69; 14. S. 16.

Selten wird im Laufe eines Rechtsstreites die Wiederholungsgefahr entfallen, da das nach Klageerhebung abgegebene Zugeständnis der Rechtswidrigkeit des mit der Klage verfolgten Handelns, die Einstellung der weiteren Warenzeichenbenutzung, ja sogar die Beseitigung des durch die Verletzung hervorgerufenen Zustandes im allgemeinen keine hinreichende Sicherheit gegen die Wiederholung der begangenen Verstösse bieten, denn „dem Beklagten ist nach seinem bisherigen Verhalten zuzutrauen, dass er die Verletzung wiederholen werde, wenn der Klageanspruch abgewiesen würde."[42]) Selbst die Erklärung des Beklagten zu Protokoll, dass in Zukunft keine Störungen mehr vorkommen sollen, genügt nicht, es liegt die Annahme nahe, dass dies alles vom Beklagten nur vorgeschützt wird, um Klageabweisung und ein obsiegendes Urteil zu erlangen, während er eine ernstliche Aufgabe seiner Störung nicht beabsichtigt. Aehnlich bringt dies auch das Reichsgericht[43]) zum Ausdruck: „Wenn das Berufungsgericht lediglich aus dem Umstande, dass die Beklagte der Klägerin gegenüber die Unrichtigkeit ihres Verhaltens zugegeben und die fehlerhaften Firmenabdrucke aus dem Verkehr gezogen hat, die Wahrscheinlichkeit der Wiederholung für ausgeschlossen hält, so wäre zu prüfen gewesen, ob dies alles nicht unter dem Drucke des Prozesses erfolgt ist, sondern auf wirklich gewonnener besserer Einsicht beruht, zumal die Beklagte im Rechtsstreit die Zulässigkeit des Gebrauchs der abgekürzten Firma fortgesetzt betont hat."

Die Wiederholungsgefahr ergibt sich ohne erhebliche Schwierigkeit auch dann, wenn die Täuschungs- und Schädigungsabsicht des Beklagten nachgewiesen wird. „Es ist selbstverständlich, dass es für die Frage, ob jemand zuzutrauen ist, er werde später bei sich bietender Gelegenheit eine Handlung wiederholen, bedeutungsvoll ist, ob die bisherigen Handlungen aus bösem Willen absichtlich begangen wurden.[44])

---

[42]) RG. JW. 1916, S. 275.
[43]) RG. 98, S. 269.
[44]) RG. 98, S. 270.

Wenn dem Gericht bei der Entscheidung der Frage der Wiederholungsgefahr weitgehendes, freies Ermessen zuzubilligen ist, so schöpft es hierbei aus den allgemeinen Erfahrungstatsachen, die eine der Wahrscheinlichkeit entsprechende Vermutung ergeben. Es gilt der Grundsatz des prima — facie Beweises. Das Fortbestehen des Zustandes, der den Nichteintritt weiterer Störungen nicht gewährleistet, bildet den Grund zur Wiederholungsgefahr. Mit Recht erblickt das Reichsgericht[45]) sogar in der zum Ausdruck gelangten Auffassung des Beklagten, er sei zur Störung berechtigt, die Möglichkeit einer Verwirklichung seiner Willensrichtung. Aus dem Umstande, dass gewisse Zeit keine Störungen des Zeichenrechts mehr eingetreten sind, kann allein keineswegs die Wiederholungsgefahr verneint werden;[46]) ja sogar die Tatsache, dass der Beklagte sein Geschäft veräussert hat, braucht nicht immer geeignet zu sein, die Wiederholungsgefahr zu beseitigen. Die Aufgabe eines Geschäftes schliesst die Möglichkeit eines neuen Handelsbetriebes nicht aus, wodurch weitere Verletzungen zu erwarten sind.[47])

Zum gegenteiligen Resultat gelangen wir, wenn der Beklagte die Verletzung des fremden Zeichenrechts in Unkenntnis vornahm und insbesondere auch dann, wenn der Beklagte schon so lange Zeit vor Klageerhebung „sein rechtswidriges Verhalten eingestellt oder damals künftige Unterlassung versprochen und die dieses Versprechen verwirklichenden Anordnungen getroffen hatte"[48]), dass weitere Eingriffe nicht zu befürchten sind.

Da die letzte mündliche Verhandlung die Urteilsgrundlage bildet, muss in diesem Zeitpunkte noch die Wieder-

---

[45]) RG. 96, S. 245.
[46]) Vgl. Cahn in Gew. RSch. 1917, S. 161.
[47]) RG 104, S. 376; OLG. Hamburg in MuW. 12, S. 300; ROHG. 30, S. 268; OLG. Kiel bei Birkenbiel Nr. 141; Lehmann, S. 226.
[48]) Rosenthal, S. 67. Siehe auch dort die zit. Rechtsprechung.

holungsgefahr gegeben sein, um zu einer Verurteilung des Beklagten zu gelangen.

d) Die Widerrechtlichkeit.

Besondere Bedeutung gewinnt die Frage der Widerrechtlichkeit des störenden Eingriffes.[49]) Der Unterlassungsanspruch ist ausgeschlossen, wenn der Eingriff kein objektiv widerrechtlicher ist, wenn der Störende zu seinem Eingriff befugt ist. Der gute oder schlechte Glaube des Störenden an seine Befugnis scheidet völlig aus; die Widerrechtlichkeit richtet sich allein nach objektiven Grundsätzen. Ein Verschulden des Störenden ist bedeutungslos. Für die Frage der Widerrechtlichkeit einer Störung des ausschliesslichen Benutzungsrechts sind zwei Hauptfälle zu unterscheiden.

1) Die unbefugte Herstellung, das unbefugte Versehen von Waren, Verpackungen, Umhüllungen und Ankündigungen mit dem fremden Zeichen.
2) Das unbefugte Jnverkehrsetzen und Feilhalten der gezeichneten Ware oder der Ware mit der gezeichneten Verpackung.

Die Herstellung des durch Eintragung geschützten Warenzeichens ist an sich noch keine widerrechtliche Handlung, da vom Gesetz nicht das Herstellen, sondern erst die Bezeichnung und das Jnverkehrsetzen verboten ist. Dies ergibt sich daraus, dass durch die Eintragung kein eigentliches, absolutes Benutzungsrecht an dem Zeichen selbst entsteht, sondern nur jede eine Verwechslungsgefahr zulassende Benutzung des Zeichens verhindert werden soll. Sofern jedoch schon bei der Herstellung des Zeichens unzweifelhaft ist, dass es zur Bezeichnung solcher Waren dienen soll, für welche gleichermassen auch das geschützte Zeichen geschaffen ist, so ist schon mit der Herstellung die Widerrechtlichkeit des Eingriffs gegeben.

---

[49]) Vgl. hierzu auch besonders die grundsätzlichen Ausführungen über den Rechtsschutz oben unter I.

Regelmässig wird damit nämlich eine Verletzung sei es durch den Störer oder durch einen Dritten im Auftrage des Störers beabsichtigt und vorbereitet.

Aus der wirtschaftlichen Bestimmung des eingetragenen Zeichens, eine Verwechslung der gezeichneten Ware mit fremden Waren auszuschliessen, und aus dem Begriff der Ware, d. h. einer Sache, die für den Verkehr bestimmt ist, ist zu entnehmen, dass jegliche Widerrechtlichkeit entfällt, wenn die Bezeichnung nicht zum Zwecke des Jnverkehrsetzens z. B. innerhalb eines Gewerbebetriebes, sondern aus irgendwelchen anderen Beweggründen erfolgt.

Zu berücksichtigen ist andererseits, dass die Widerrechtlichkeit nicht davon abhängig ist, ob nach der Bezeichnung auch das Jnverkehrsetzen, sei es auch unter Abänderung des Zeichens, tatsächlich geschieht oder das Jnverkehrsetzen der Ware unterbleibt.

Entsprechend ist die Bezeichnung der Verpackung usw. nur dann widerrechtlich, wenn die Ware schon in der Verpackung enthalten, oder die Verpackung zur Aufnahme der Ware vorgesehen ist, was einer Vorbereitung der Störung gleichkommt. Die Bestimmung der gezeichneten Verpackung zur Aufnahme der Waren ergibt sich meistens schon aus der Bezeichnung, vielfach gibt hierüber aber auch die Art der Verpackung selbst Aufschluss, so besonders dann, wenn die gewählte Verpackung allein zur Aufnahme solcher Waren verkehrsüblich ist.

Da die Eintragung dem Zeicheninhaber die ausschliessliche Befugnis gibt, Waren der angemeldeten Art und die Verpackung, die für diese Waren bestimmt ist, mit dem Zeichen zu versehen ,dürfen auch solche Waren, welche aus dem Geschäftsbetrieb des Zeicheninhabers herrühren, nicht ohne dessen Einwilligung mit dem Zeichen versehen werden, wenngleich die Waren in allen Stücken den vom Berechtigten gezeichneten Waren gleichkommen, da der Umfang des Gebrauches des Zeichens auf Waren und Verpackung allein vom Inhaber

bestimmt wird.[50]) Es ist erklärlich, dass der Berechtigte nur die ersten Qualitäten seiner Herstellung, nicht auch die Nachlese, die gewisse geringfügige Mängel an der äusseren Form oder inneren Beschaffenheit aufweist, mit seinem Zeichen versieht. Andererseits ist aber oft gerade umgekehrt das Bestreben unverkennbar, der Nachlese und schlechter ausgefallenen Stücken durch Bezeichnung den Anschein vollwertiger Ware zu verschaffen.

Bei der zweiten Alternative, dem Jnverkehrsetzen und Feilhalten, ist der Zeitpunkt des Jnverkehrsetzens oder Feilhaltens der Ware und Verpackung für die Frage der Widerrechtlichkeit massgebend, ohne Rücksicht darauf, ob das Versehen mit dem Zeichen zu Recht oder Unrecht erfolgt ist, wer die Bezeichnung vorgenommen hat und ob das Inverkehrbringen und Feilhalten als eine selbständige Handlung oder als eine mit der bezeichnenden Tätigkeit einheitliche, dieselbe lediglich fortsetzende Handlung sich darstellt.[51])

Jm Einzelnen liegt somit Widerrechtlichkeit vor, wenn die Ware zwar vor Bestehen des Schutzrechtes mit dem Zeichen versehen, aber nach Eintragung des Zeichens für einen Dritten in den Verkehr gebracht wird;[52]) auch dann, wenn die vom Berechtigten selbst gezeichnete Ware von diesem erst nach Erlöschen seines Rechts und nach Eintragung des gleichen Zeichens für einen Dritten in den Verkehr gebracht wird; wenn bei der Auslieferung der gezeichneten Ware der Berechtigte die weitere Jnverkehrsetzung untersagt; ferner, wenn die gezeichnete Ware zu einer anderen umgestaltet wird, die gleichwohl das unversehrte, unveränderte Zeichen trägt; endlich, wenn die Ware aus der gezeichneten ursprünglichen Verpackung entfernt und ihr eine neue Hülle, sei es auch vom Berechtigten, gegeben wird. Die Widerrechtlichkeit des Inverkehrbringens von Verpackungen ist aber immer davon abhängig, dass eine

---

[50]) Seligsohn, S. 191; Kent Nr. 473; RGStr. 4, 171.
[51]) Stenglein, § 14, Nr. 8.
[52]) RGStr. 5, S. 105; 20, S. 112; Allfeld, S. 562.

Verwechslungsgefahr hinsichtlich der Herkunft besteht, die dadurch hervorgerufen ist, dass die Ware entweder zu ihnen in Beziehung gebracht ist oder werden soll.

Die Widerrechtlichkeit des störenden Eingriffes ist ausgeschlossen, wenn der Störer sich auf den Schutz des § 13 WZG. berufen, eine ihm ausddrücklich oder stillschweigend erteilte Erlaubnis nachweisen kann oder in Ausübung eines kollidierenden Rechts handelt.[53])

Die Erlaubnis muss, sofern sie die Widerrechtlichkeit des Eingriffs aufheben soll, vor dem Eingriff erteilt sein. Allerdings hat auch eine nachträgliche Erteilung der Zustimmung durch den Berechtigten die Beseitigung der Widerrechtlichkeit im Gefolge, wodurch wenigstens die zivilrechtlichen Ansprüche des Berechtigten ausgeschlossen sind, während die einmal begründete Strafbarkeit nicht aufgehoben wird. Die ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung des Berechtigten wirkt gegenüber demjenigen, dem die Erlaubnis erteilt wird, als schuldrechtlicher Verzicht auf das gesetzliche Verbietungsrecht. Dritte können sich hierauf nicht berufen.[54])

Das kollidierende Recht des Störenden kann zunächst ein ebenfalls für ihn eingetragenes Zeichenrecht sein, das zurzeit der Vornahme der Handlung objektiv vorliegen muss. Gleichgültig ist ,ob der Störer irrtümlich an sein Recht glaubte, selbst wenn sein guter Glaube durch eine Eintragung, die nur wegen irgend eines Formfehlers nichtig ist, tatsächliche Stütze findet. Mit dem Zeichenrecht kollidiert auch der dem Ausstattungsberechtigten in § 15 WZG. gegebene Schutz. Das Recht des eingetragenen Zeicheninhabers versagt insbesondere, wenn das Zeichen in bewusster Nachahmung zum Zwecke der Schädigung und Täuschung des Ausstattungsberechtigten gewählt wurde. Als kollidierendes Recht gilt aber immer nur das Recht des Handelnden, nicht auch das Recht eines Dritten auf

---

[53]) Seligsohn, S. 190. Kent Nr. 468/69/70; Allfeld, S. 562.
[54]) Stenglein, § 14, Nr. 8; Pinzger S. 255, Anm. 4. Ferner RG. 64, S. 397; 87 S. 147.

Vornahme einer Handlung des Störers, insbesondere schliesst die zivilrechtliche Verpflichtung des Verkäufers zur Uebergabe der Ware an den Käufer die Widerrechtlichkeit des Jnverkehrbringens bei Erfüllung des Kaufvertrages nicht aus.[55])

e) Der Berechtigte.

Berechtigt zur Erhebung der abwehrenden Unterlassungsklage ist der Eingetragene, das ist die als Jnhaber des Zeichens in die Zeichenrolle eingetragene Person. Aus dem das Warenzeichenrecht beherrschenden Grundsatz des strengen Formalismus ergibt sich, dass für die Frage der Aktivlegitimation immer nur das „Eingetragensein" entscheidend ist.[56]) Daraus erklärt sich, dass dem Anmelder eines Zeichens vor seiner Eintragung die Klagebefugnis noch nicht zusteht. Auch der durch Uebertragung des Zeichenrechts legitimierte Nachfolger kann die Rechte aus der Eintragung nicht vor der Umschreibung in der Zeichenrolle geltend machen, wenngleich auch der negatorische Anspruch mit dem Zeichenrecht meistens stillschweigend übergegangen ist. Andererseits kann die Klage nicht von demjenigen, auf den die Umschreibung erfolgt ist, erhoben werden ,wenn die Uebertragung des Zeichenrechts unwirksam ist.

Unzweifelhaft ist der gesetzliche Vertreter des Eingetragegen, der die Klage im Namen des eingetragenen Jnhabers anstrengt, zur Erhebung berechtigt. Dies trifft besonders zu für den Vorstand des rechtsfähigen Vereins der Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Konkursverwalter, Vormund und Nachlasspfleger. Bemerkenswert ist, dass der Gemeinschuldner neben dem Konkursverwalter berechtigt bleibt, da die Ausübung des Klagerechts keine Verfügung über das zur Konkursmasse gehörige Zeichenrecht darstellt.

Die Eintragung verleiht die Klageberechtigung ohne Rücksicht darauf, ob sie zu Recht erfolgt ist oder aufrecht erhalten

---

[55]) Kent, Nr. 468.
[56]) Allfeld, S. 563; Seligsohn S. 193.

werden kann. Die Klagebefugnis kann nicht deswegen abgesprochen werden, weil eine Eintragung nicht hätte vorgenommen werden dürfen oder weil eine Umschreibung des Zeichens zu Unrecht bewirkt sei. Die formale Berechtigung des Eingetragenen äussert sich auch darin, dass dieser nach der Uebertragung des Zeichenrechts noch solange zur Klageerhebung befugt ist, als die Eintragung des Erwerbers in die Zeichenrolle nicht erfolgt ist. Auf prozessrechtliche Regeln beruht dagegen der Fall der Klageberechtigung, dass der Eingetragene auch nach der während des Prozesses erfolgten Veräusserung und Umschreibung des Zeichenrechts legitimiert bleibt, da eine Veräusserung des Rechts nach § 265 ZPO. auf den Verlauf des Prozesses keinen Einfluss hat.

Die Klageberechtigung ist dem Pfandgläubiger, den Jnhabern obligatorischer, wie dinglicher Nutzungsrechte, dem Pächter und Niessbraucher, ferner auch dem Lizenzträger[57]) versagt, da deren Ansprüche nur der Ausfluss des fremden abgeleiteten, nicht des eigenen eingetragenen Rechtes sind. Daran hindert auch nichts, ob der Lizenznehmer als sog. Monopolist das ausschliessliche Benutzungsrecht räumlich unbegrenzt oder nur für einen gewissen Bezirk erworben hat und dem Monopolisten als Niessbraucher das absolute dingliche Nutzungsrecht an dem Warenzeichen zusteht.[58]) Unstreitig steht aber allen diesen Benutzern des Zeichens das Recht zu, sich nach § 66 ff. ZPO. als Nebenintervenienten zur Unterstützung des eingetragenen Klägers am Prozess zu beteiligen, da das rechtliche Jnteresse an dem Obsiegen des Klägers vorliegt.

Dasselbe gilt auch für den noch nicht eingetragenen Erwerber des Zeichens, sei es, dass das Recht vor oder nach Klageerhebung übertragen wurde. Jn all den Fällen, in denen

---

[57]) Zustimmend Seligsohn, S. 193; a. A. Kent Nr. 455; Allfeld, S. 563; Pinzger, S. 220, Anm. 22.

[58]) Finger, WZG., S. 287, Bem. 6 zu § 14; RG. 64, S. 398.

der Eingetragene die Nutzung seines Zeichenrechts nicht selbst vornimmt, sondern in irgend einer Form begeben hat, ist auch ein wirtschaftliches wie rechtliches Jnteresse des Eingetragenen an einer Jntervention des Dritten unverkennbar, da bei ungünstigem Ausgang des Prozesses Schadensersatzansprüche Dritter zu besorgen sind. Um diesen Ansprüchen vorzubeugen, wird der eingetragene Kläger regelmässig dem Dritten, der vertragsmässig das Recht von ihm herleitet, den Streit verkünden (§ 72 ZPO.).

f) Der Verpflichtete.

Beklagter und Verpflichteter ist jeder Störer als solcher, es sei denn, dass er lediglich als das Werkzeug eines anderen unter Ausschluss der freien Willensbestimmung tätig geworden ist. Alsdann ist dieser allein als der Störer verantwortlich. Die Klage richtet sich somit gegen jeden, der eine Störungshandlung begeht, ohne Rücksicht darauf, ob der widerrechtliche Eingriff verschuldet oder unverschuldet war, sofern nur die Unzurechnungsfähigkeit oder Willensunfreiheit des Beklagten dem Unterlassungsanspruch nicht entgegensteht; denn die Tat muss immer gewollt sein, was nicht mit der Frage des Verschuldens zu verwechseln ist.[59])

Der widerrechtliche Eingriff wird nicht nur durch Eigenhandlungen, sondern auch durch Veranlassung und Beauftragung dritter Personen verübt. Die eigene Verantwortlichkeit besteht nicht nur, wenn der Auftrag für den einzelnen Fall, sondern auch, wenn er generell erteilt ist, sofern sich der Verstoss gegen das fremde Zeichenrecht innerhalb der durch den Auftrag gesetzten Schranken ereignet. Daraus ergibt sich, dass der Geschäftsinhaber für die Verstösse seiner Angestellten im allgemeinen nur dann haftet, wenn sie mit seinem Willen und Wissen vorgekommen sind. Doch kann auch die mangelnde Beaufsichtigung der Angestellten und Beauftragten die Verantwortlichkeit und Haftung des Geschäftsinhabers auf

[59]) Finger, S. 206. Salinger in LZ. 1919, 1158. A. M. Eltzbacher, S. 175.

Unterlassung herbeiführen. Die sorgfältige Auswahl der Angestellten allein ist kein Entlastungsgrund. Der Geschäftsinhaber muss vielmehr „Sorge dafür tragen, dass sein Angestellter die ihm erteilte Befugnis nicht missbraucht, da sonst anzunehmen ist, dass er in der Lage gewesen ist, das zur Unterlassung Erforderliche zu tun. Er würde gegen die Klage nur geltend machen können, dass es ihm unmöglich gewesen sei, die zur wirksamen Verhütung des Missbrauchs nötigen Einrichtungen zu treffen, oder dass der Angestellte denselben zuwidergehandelt habe, ohne dass er dies habe verhindern können."[60]) Zu Unrecht will Lobe[61]) die Unterlassungsklage nur gegen den Geschäftsinhaber geben, der das rechtswidrige Verhalten seiner Angestellten kannte, wobei das fahrlässige Nichtkennen nicht genüge. Dies würde im Gefolge haben, dass eine Unterlassungsklage gegen den Geschäftsinhaber, der seine Angestellten ohne Beaufsichtigung lässt, nicht durchführbar wäre.[62])

Juristische Personen und sonstige rechtsfähige Verbände haften nach gleichen Grundsätzen kraft gesetzlicher Vorschriften oder ihrer Statuten für ihre Willensorgane, wenn sie innerhalb des zugewiesenen Wirkungskreises handeln; für die übrigen Angestellten, wenn diese auf Veranlassung der Vorstände oder mangels genügender Aufsicht die rechtswidrigen Eingriffe in das Zeichenrecht vorgenommen haben.[63]) So kann die beklagte juristische Person dem Kläger nicht entgegenhalten, der Vorstand habe keinen Auftrag erhalten, die rechtswidrigen Eingriffe auszuüben.[64]) Es muss vielmehr genügen, dass die Wahrnehmung der Angelegenheit durch den Vorstand innerhalb der Zwecke der juristischen Person liegt und die Handlung nicht nur bei Gelegenheit der Geschäftsführung vorgenommen wird.

---

[60]) RG. JW. 1903, S. 128.
[61]) a. a. O., S. 350.
[62]) Vgl. Rosenthal, S. 59.
[63]) Seligsohn, S. 194; Allfeld, S. 563; RG. 23, 224; 31, S. 249; 79 S. 321; RG. JW. 1900, S. 21 und 219.
[64]) RG. in UW. 3, S. 63.

Der Erbe des Störers ist nur dann legitimiert, wenn er sich seinerseits einer Fortsetzung der Störung schuldig macht, ein neuer Eingriff droht oder der Rechtsstreit zurzeit des Todes des Erblassers bereits anhängig war.[65])

Gleichgültig ist für die Frage der Passivlegitimation, ob der Täter im eigenen oder fremden Interesse und Namen handelte, oder ob die aus der missbräuchlichen Benutzung entspringenden Vorteile ihm oder einem Dritten zugekommen sind. Daraus folgt, dass immer auch der unmittelbar als Störer Auftretende zur Unterlassung verpflichtet ist. Dies gilt zunächst für die Organe der juristischen Personen oder rechtsfähigen Verbände und die sonstigen gesetzlichen Vertreter, was zu Unrecht, insbesondere von Lobe[66]) bestritten wird. Die neuere Rechtsprechung hat sich dagegen dieser Auffassung angeschlossen: „Vor allem ist der gesetzliche Vertreter selbst legitimiert; denn er ist derjenige, durch dessen Handeln die angebliche Beeinträchtigung des Rechts stattgefunden hat und weiter zu besorgen ist, also in erster Linie der Störer im Sinne des § 1004 BGB. Darauf, ob die Störung für eigene Rechnung des gesetzlichen Vertreters oder nur im Interesse der Gesellschaft stattfindet, kommt es nicht an. Es bedarf für die Gewährung der Unterlassungsklage gegen den gesetzlichen Vertreter auch nicht der Darlegung, dass ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis gegeben sei, die Klage ausser gegen die Gesellschaft auch gegen den Vertreter ihrer Organe zuzulassen."[67])

Auch Angestellte, Reisende, Gehilfen, Angehörige und Bedienstete, die in einem wirtschaftlichen oder häuslichen Abhängigkeitsverhältnisse zum Geschäftsinhaber stehen, sind zur

---

[65]) Kent, rN. 461. A. M. Rosenthal, nach dem der Klaganspruch in der Hauptsache für erledigt zu erklären ist. RG. JW. 95, S. 486.

[66]) S. 353.

[67]) RG. JW. 1917, S. 223. Vgl. auch Allfeld, S. 563, Kent, Nr. 460a; zustimmend auch OLG. Dresden JW. 1919, S. 255, hinsichtlich des Vertreters einer G. m. b. H.

Unterlassung verpflichtet, soweit die missbräuchliche Benutzung des fremden Zeichens eigene und freie Tätigkeit bildet. Je nach Lage des Einzelfalles ist Art und Umfang des Selbstbestimmungsrechts des Angestellten, das die rechtswidrige Handlung veranlasst hat, zur Feststellung der Passivlegitimation heranzuziehen. Der Bote, die Schreiberin scheiden hiernach regelmässig aus, dagegen ist der Angestellte, der Ankündigungen mit dem fremden Zeichen aus eigener Vollmacht oder nach vorhergehender Verabredung mit dem Geschäftsinhaber verfasst und aussendet, für die Unterlassungsklage passiv legitimiert.

Gleichermassen ist auch der Beauftragte legitimiert, so z. B. der Agent, der als Vertreter des Geschäftsinhabers, der Spediteur, der für den Geschäftsinhaber tätig wird.

Letzteren stehen nahe die Teilnehmer an der missbräuchlichen Benutzung. Neben dem Anstifter haften besonders diejenigen, die durch ihre Tätigkeit die rechtswidrigen Eingriffe Dritter erst vorbereiten, überhaupt ermöglichen. Dies sind z. B. die Verfertiger von Entwürfen und Nachbildungen des Warenzeichens, die fabrikmässigen Hersteller des Zeichens auf Waren und Verpackung, die sie dem Besteller zusenden.[68]) Ihre Tätigkeit stellt eine Beeinträchtigung des Eingetragenen und eine Störung seiner ausschliesslichen Befugnis dar, ohne dass diese Hilfsakte zu dem Gebrauche des Zeichens in unmittelbaren Zusammenhang stehen. Es genügt und es ist erforderlich, dass die Absicht dieser Personen auf Förderung und Unterstützung einer Zeichenverletzung gerichtet ist, oder dass sie in Kenntnis der Widerrechtlichkeit des verfolgten Zweckes handeln. Dann sind sie in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken mit dem Handelnden tätig.[69]) Hierbei genügt jedoch die evtl. Billigung des widerrechtlichen Erfolges. „Der Wille des Gehilfen geht auf Förderung der Begehung der

[68]) Allfeld, S. 563.
[69]) RG. in UW. 5, S. 27; RG. in Gew. RSch. 05, S. 60; RG. in Recht 1916, Nr. 445.

Haupttat. Er muss daher wissen, dass derjenige, dessen Tat er fördert, auch subjektiv einer Verbotsübertretung sich schuldig macht; dazu genügt aber die Annahme, dass der Dritte mit bedingtem Vorsatz handelt, wie es andererseits auch beim Gehilfen selbst ausreicht, dass er sich der Möglichkeit bewusst ist, seine Handlung könne die verbotene Handlung des Dritten fördern, und er diese Handlung doch vornimmt mit dem Willen, eine solche Förderung gegebenenfalls herbeizuführen.[70]) Aus diesen Erwägungen folgt, dass die an dem Missbrauch durch Vorbereitungs- und Unterstützungshandlungen „teilnehmenden" Personen mit der Unterlassungsklage belangt werden können, ohne Rücksicht daruuf, ob es auch wirklich zum Missbrauch kommt, während die Strafverfolgung dieser „Teilnehmer" von der Vollendung des rechtswidrigen Eingriffs abhängig ist.

g) Das Verfahren.

Bevor das Verfahren selbst einer näheren Betrachtung unterzogen wird, soll kurz die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Gerichte für die abwehrende Unterlassungsklage gestreift werden.

Die sachliche Zuständigkeit bestimmt sich gemäss § 2 ZPO. nach dem Werte des Streitgegenstandes; als Streitgegenstand ist der in dem Antrage verkörperte Prozessanspruch ohne Rücksicht auf Einwände, das Jnteresse des Klägers an dem gerichtlichen Ausspruche des Ausschlusses des Beklagten vom Gebrauche des Zeichens anzusehen. Der Wert dieses vermögensrechtlichen Anspruches des Klägers wird nach freiem Ermessen vom Gericht festgesetzt. Da derselbe mit Rücksicht darauf ,dass mit dem Unterlassungsanspruch eine Berechtigung und Behinderung für die Zukunft erstrebt wird, ausnahmslos den Betrag von 500 RMk. übersteigen wird, ist die Zuständigkeit der Landgerichte und zwar nach § 95 Ziff. 4c GVG. der Kammern für Handelssachen begründet. Wenn ausser der

---

[70]) RG. 99, S. 94.

Unterlassung auch noch die Beseitigung des durch die Verletzung hervorgerufenen Zustandes begehrt wird, ist auch der Wert dieses Anspruches zu berücksichtigen. Bei der Klage eines Verbandes, Konzernes auf Unterlassung ist das Jnteresse des Verbandes als solcher, der die Jnteressen sämtlicher Mitglieder umfasst, massgebend. Die Klage eines Verbandes erfährt hinsichtlich des Streitwertes nicht die gleiche Behandlung wie die des einzelnen Klägers, „da es Aufgabe des Verbandes ist, die Jnteressen der Mitglieder wahrzunehmen und die Erwerbstätigkeit eines jeden einzelnen vor Beeinträchtigungen zu schützen."[71])

Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach den Vorschriften der §§ 12 ff. ZPO. Bei der quasi — negatoria und der deliktischen Unterlassungsklage, die aus § 14 WZG. herzuleiten ist, ist auch der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung aus § 32 ZPO. gegeben.[72]) Jn einem Teil der Literatur und der älteren Rechtsprechung[73]) ist noch die Ansicht vertreten, dass für die Abwehrklage der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung ausgeschlossen ist, da die Klage nicht eine unerlaubte, d. h. strafbare oder schuldhafte Handlung verfolge, sondern lediglich den Schutz der durch die Eintragung gewährten ausschliesslichen Befugnis bezwecke. Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung sei selbst dann ausgeschlossen ,wenn mit der Unterlassungsklage die Entschädigungsklage verbunden sei.[74]) Diese Ansicht dürfte jedoch mit der Gewährung der quasi negatoria und der deliktischen Untersagungsklage, die allerdings nicht für jeden Fall des Unterlassungsanspruches die zutreffende Form bildet, zu Fall ge-

---

[71]) Rosenthal, S. 83; vgl. auch RG. in Gew. RSch. 1911, S. 241; RG. in MuW. 11, S. 146.

[72]) Salinger, in JW. 1916, 1244, in LZ. 1919, 1159. Isay, S. 235, Anm. 51; RG. 78, S. 257; RG. JW. 1915, 1023.

[73]) Kent, Nr. 440; Seligsohn, S. 196; Allfeld, S. 564. RG. 24, 394, 27, S. 385 ff.; RG. JW. 1890, S. 109.

[74]) Für diesen Fall hält Allfeld den Gerichtsstand der unerlaubten Handlung für gegeben.

bracht sein.[75]) Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung ist in jedem Gerichtsbezirk begründet, wo ein wesentlicher Teil des Gesamtvorganges sich ereignet hat.

Für die Beseitigungsklage gilt nur der allgemeine Gerichtsstand.

Die Untersagungsklage muss nach § 253 ausser der Bezeichnung der Parteien und des Gerichts die Angabe des Klagegrundes und des Antrages enthalten. Zur Angabe des Klagegrundes gehört die Darlegung, dass dem Kläger das eingetragene Zeichenrecht zusteht, ferner die Klarstellung der vorgekommenen und zu erwartenden Störungshandlungen. Die Aenderung dieses Klagegrundes ist nach § 264 ZPO. mit der Rechtshängigkeit nur noch mit Einwilligung des Beklagten oder wenn das Gericht sie für sachdienlich erachtet, zulässig. Bemerkenswert ist, dass eine Klageänderung dann nicht vorliegt, wenn die tatsächlichen Ausführungen des Klagegrundes ergänzt werden. § 268, Z. 1 ZPO., so z. B., wenn die nach der Klageerhebung erfolgenden Fortsetzungshandlungen oder sonstigen Vorkommnisse, die auf Eingriffe schliessen lassen, zur Klagbegründung verwendet werden. Denn es soll nicht nur der einzelne Eingriff verfolgt, sondern auch die Anerkennung der ausschliesslichen Befugnis des Klägers herbeigeführt werden.

Der Klageantrag richtet sich nach der zu verbietenden Bezeichnung, gemessen an der Auffassung des in Frage kommenden Publikums.[76]) Er wird meistens dahin gehen, dem Beklagten fernere bestimmte Störungen zu untersagen. Somit ist es unzulässig mit der Bezeichnung „ähnlich" allgemeine, noch nicht bekannte Verletzungsarten zu verbieten,[77]) da der allgemein gehaltene Antrag, die Benutzung des geschützten Zeichens zu verbieten, die unbestimmte und zu weitreichende Fassung des Antrags den Jnhalt und den Kern des Rechts-

---

[75]) Zustimmend Rosenthal in MuW. 12, S. 30; in Gew. RSch. 03, S. 50; Kohler, S. 200.

[76]) RG. LZ. 1914, S. 178. RG. in Gew. RSch. 1916, S. 195.

[77]) RG. UW. 1902, S. 92.

streits nicht erkennen lassen.[78]) Die bestimmte Umgrenzung des Klageantrages ist auch deshalb erforderlich, um dem Beklagten eine erschöpfende Verteidigungsmöglichkeit zu geben. Die richterliche Fragepflicht ist gerade auch auf die Erläuterung unklarer und die Ergänzung unbestimmt gehaltener Anträge gerichtet.[79]) Die Verletzung dieser Erläuterungspflicht ist Revisionsgrund, der zur Aufhebung des Urteils führen muss.[80]) Die zu weite Fassung des Antrages hat nie die Abweisung des Klageanspruches wegen zu ungenauer Fassung, sondern lediglich die Beschränkung eines Gebotes zur Folge, wobei dem Kläger jedoch wegen der Abweisung der Ueberforderung ein Teil der Kosten auferlegt werden kann.

Somit wird sich der Antrag regelmässig auf das Verbot weiteren Bezeichnens, Jnverkehrbringens und Feilhaltens beziehen. Jst der Beklagte nur als Gehilfe tätig geworden, so ist der Antrag der entwickelten Tätigkeit anzupassen, auf die konkrete Art der Tätigkeit zu beschränken, z. B. auf das Verbot weiterer Anfertigung oder Lieferung von Verpackungen, Etiketten und Ankündigungen, die das fremde Zeichen tragen, zu richten. Zuzustimmen ist der Ansicht Allfelds,[81]) dass die Beschränkung und Anpassung nur dann notwendig ist, „wenn nicht nach den vorliegenden Tatsachen zu befürchten steht, dass die Gehilfentätigkeit in eine Handlung übergeht, die als Täterschaft anzusehen ist; denn wenn das Verhalten einer Person die Besorgnis begründet, dass sie künftig mit ihren Eingriffen in das fremde Zeichenrecht noch weitergehen werde, so ist der Antrag, auch diese weiteren Störungen zu unterlassen, gerechtfertigt."

Der Antrag muss das zu verbietende Zeichen bestimmt kenntlich machen, doch ist es, wenn die Bezeichnung grosse Schwierigkeiten macht, zulässig, auf das dem Gerichte überreichte Zeichenbild des Beklagten Bezug zu nehmen.

---

[78]) RG. 42, S. 15.
[79]) RG. JW. 1912, S. 592.
[80]) RG. JW. 1909, S. 495; 1910, S. 292.
[81]) S. 564.

Die Stellung von Zusatz- und Ergänzungsanträgen zum Hauptantrage ist möglich, so der Antrag auf Festsetzung einer Strafandrohung für jeden Fall des Zuwiderhandelns gegen die Untersagung; ferner der Antrag auf Beseitigung[82]) des fortbestehenden widerrechtlichen Zustandes, soweit z. B. der Störer oder seine Mittelspersonen noch im Besitze von Gegenständen, z. B. Verpackungen, Etiketten, Preislisten, Firmenschildern usw. sind, auf denen das Zeichen angebracht ist. Der Antrag ist auf Vernichtung der Bestände oder Herausgabe gegen angemessene Vergütung zu richten.

Die Beweislast für die klagbegründenden Tatsachen hat der Kläger. Er hat aber nicht nur die Tatsachen zu beweisen, die zur Entstehung seines Anspruches notwendig sind, also das Recht und die verletzende Handlung, sondern auch die Rechtsschutzvoraussetzung der Wiederholungsgefahr.[83]) Die sich im Einzelfalle, besonders wegen der letzteren Voraussetzung meist äusserst schwierig gestaltende Beweisführung wird dem Kläger im Regelfalle erspart, da das rechtswidrige Verhalten vor Erhebung der Klage bereits im allgemeinen zur Annahme der Wiederholungsgefahr ausreicht. Vergl. oben c).

Dagegen hat der auf Unterlassung in Anspruch genommene Beklagte die Beweislast insofern, als er beweisen muss, dass er zu seinem Verhalten und zur Fortsetzung seines Verhaltens berechtigt ist, oder aber es trifft ihn die Widerlegungspflicht, dass Wiederholungen ausgeschlossen sind.[84]) In manchen Fällen wird die Beweisführung, die zwar von der Frage der Beweislast zu trennen ist, andererseits aber für die Beweislast bestimmend werden kann, auf freier richterlicher Würdigung beruhen. So erklärt das RG. in neuerer Rechtsprechung[85]), dass, wenn nach den Umständen, besonders

---

[82]) Allfeld, S. 563; Seligsohn, S. 195; RG. 60, S. 6; 61, S. 366. Der Anspruch wird als quasi negatorischer oder deliktischer Beseitigungsanspruch aus der analogen Anwendung der §§ 1004, 862 BGB. hergeleitet.

[83]) Seligsohn, S. 196; Rosenthal, S. 68.

[84]) RG. 60, S. 154.

[85]) RG. 78, S. 213; 96, S. 244; 98, S. 269.

nach der Beschaffenheit des Eingriffs, ohne weiteren Beweis des Klägers eine genügende Wahrscheinlichkeit der Wiederholung feststellbar ist, der Beklagte gegenbeweislich das Ausgeschlossensein neuer Eingriffe darzutun hat.

Der Konkurs des Beklagten unterbricht den Rechtsstreit nicht, soweit die Konkursmasse nicht berührt wird. Sie wird nicht berührt, wenn bloss tatsächliche Störungshandlungen vorgenommen sind, die sich nicht auf ein Recht stützen, das zur Masse gehört. Wenn der Konkursverwalter die rechtswidrigen Eingriffe fortsetzt, oder sich im Genusse der Handlungen des Gemeinschuldners erhält, und diese Handlungen für die Masse ausnutzt, kann gegen diesen eine neue Unterlassungsklage erhoben werden.[86]) Nach § 240 ZPO. tritt Unterbrechung des Verfahrens ein, soweit die Konkursmasse berührt wird. Sofern der Konkursverwalter den Rechtsstreit aufnimmt, kann er fortgeführt werden; lehnt der Konkursverwalter die Aufnahme ab, so ist hierzu nach § 10 KO. auch der Gemeinschuldner berechtigt. Die Konkursmasse wird berührt, wenn das Verhalten des Gemeinschuldners, das den Bestand oder die Verwertbarkeit der Konkursmasse beeinflusst, zur Klageerhebung Anlass gab, wenn z. B. der Gemeinschuldner sich der Berechtigung zum Gebrauch des fremden Zeichens berühmt, so ist der Rechtsstreit gegen den Konkursverwalter weiterzuführen, da eine solche Berechtigung der Masse höheren Wert und erheblich bessere Verwertbarkeit verleiht.

Die gleichen Grundsätze gelten auch für den Konkurs des Klägers. Soweit die Masse nicht berührt wird, ist der Konkurs ohne Einfluss auf den Prozessverlauf. Andernfalls tritt nach § 240 ZPO. Unterbrechung ein, während die Aufnahme des Rechtsstreits sich nach § 10 KO. bestimmt.

Die Fassung der Urteilsformel ,wie die Stellung des Klageantrages wird in vielen Fällen Schwierigkeiten bereiten. Es soll die verübte und die somit wieder zu erwartende Ver-

---

[86]) Rosenthal, S. 75; Seligsohn, S. 198.

letzung verboten werden. Dagegen ist es nicht Sache des Gerichts, etwaigen anders gearteten Verletzungen vorzubeugen oder dem Beklagten eine bestimmte Art des zukünftigen Verhaltens vorzuschreiben.[87]) Die Urteilsformel darf inhaltlich nicht weitergehen als der Klageantrag. Es ist dem Beklagten somit aufzugeben, die einzelnen aufgeführten Handlungen zu unterlassen, so das Zeichen fernerhin zur Bezeichnung bestimmter Waren zu benutzen oder keine Handlungen vorzunehmen, in denen eine Mitwirkung zur Zeichenverletzung liegt. Eine Verurteilung zur Vornahme von Handlungen findet nur statt, wenn auf Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes erkannt wird. Dem Antrage auf Festsetzung einer Strafandrohung gegen jeden Fall des Zuwiderhandelns ist regelmässig zu entsprechen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Beklagte, da er durch seine Verletzungen zur Klageerhebung Anlass gegeben hat. Sofern der Beklagte vor der Klageerhebung, unter Umständen auch noch während der Rechtshängigkeit durch sein Verhalten die Wiederholungsgefahr gebannt, z. B. die völlige Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes durchgeführt hat, können dem Kläger unter Umständen nach § 93 ZPO. die Kosten des Rechtsstreits auferlegt werden, wenn er z. B. eine vorhergehende zweckmässige Verwarnung unterlassen hat. Doch ist hierbei zu berücksichtigen, dass dem Kläger in der Regel bei der Schwere der Verletzung mit einer aussergerichtlichen Erklärung nicht gedient ist.[88])

Das rechtskräftige Urteil stellt das Bestehen des klägerischen Anspruchs fest, sodass ein späteres Bestreiten derselben Befugnisse unter den Parteien nicht mehr zulässig ist. Dagegen ist die Entscheidung im Rechtsstreit, dass eine Zeichenverletzung vorliegt, die präjudizielle Bejahung des bestehenden Zeichenrechts, nicht der Rechtskraft fähig, es sei denn, dass sie zum Gegenstand eines besonderen Antra-

[87]) RG. in MuW. 11, S. 537; 13, S. 197.
[88]) OLG. Dresden, in PMBl. 01, S. 174; Seligsohn, S. 198.

ges gemacht ist.[89]) Umfang und Tragweite der rechtskräftigen Entscheidung wird häufig nicht aus der Urteilsformel allein, sondern nur in Verbindung mit dem dem Richter vorgetragenen Tatbestand zu ergründen sein. Der Rechtskraft ist natürlich mit der Löschung des Zeichens eine zeitliche Grenze gesetzt.

Die Zwangsvollstreckung des ein Unterlassungsgebot aussprechenden Urteils richtet sich nach § 890 ZPO. Handelt der Verurteilte der Untersagung zuwider, so ist auf Antrag des Klägers aufgrund der im Urteil enthaltenen Strafandrohung vom Prozessgericht auf Geldstrafe in unbeschränkter Höhe oder Haftstrafe bis zu 2 Jahren zu erkennen. Jst die Strafandrohung im Urteil nicht ergangen, so ist sie im Zwangsvollstreckungsverfahren nach vorheriger Anhörung des Verurteilten unter Angabe der Höchstgrenze zu erlassen. Nach freiem Ermessen des Gerichts, ohne dass es an den Antrag des Klägers gebunden wäre, erfolgt die Festsetzung der angedrohten Strafe, wobei für die Höhe der Strafe der aus der Zuwiderhandlung entstandene Schaden in erster Linie zu berücksichtigen ist. Von besonderer Wichtigkeit ist, dass ein Verschulden des Verurteilten die Voraussetzung für die Verhängung der Strafe bildet, wenn auch das Urteil und die Strafandrohung lediglich auf Grund eines nur objektiven widerrechtlichen Verstosses erlassen sind.[90]) Das Verschulden trägt verwaltungsstrafrechtlichen Charakter. Auch bei künftigen Zuwiderhandlungen ist für die Festsetzung der Strafe Verschulden Vorbedingung, das bei entschuldbarem Jrrtum des Verurteilten über Jnhalt und Tragweite des Verbotes ausgeschlossen ist.[91]) Der Geschäftsinhaber haftet für das Verschulden seiner Angestellten nach den Grundsätzen des § 278 BGB.[92]) Durch das Recht des Klägers, eine Bestrafung des Verurteilten zu verlan-

---

[89]) RG. 49, S. 33.
[90]) RG. 36, S. 419.
[91]) RG. 98, S. 172.
[92]) OLG. Augsburg, in LZ. 1914, S. 408; Rosenthal in LZ. 1915, S. 1217.

gen, wird der Schadensersatzanspruch des Klägers, der nach allgemeinen Grundsätzen gefordert werden kann, nicht berührt. (§ 893 ZPO.)

Endlich kann der Schuldner auf Antrag des Klägers zur Bestellung einer Sicherheit für den durch fernere Störungen entstandenen Schaden auf bestimmte Zeit verurteilt werden. (§ 890 Abs. 3 ZPO.)

Die Vollstreckung des Urteils, das auf Beseitigung des widerrechtlichen Zustandes lautet, regelt sich nach den §§ 887, 888 ZPO. Zumeist werden es vertretbare Handlungen sein, die vom Schuldner erzwungen werden, z. B. die Vernichtung des Verpackungsmaterials, sodass der Kläger ermächtigt wird, die Beseitigung auf Kosten des Schuldners vornehmen zu lassen.

Die vorläufige Vollstreckbarkeit des Untersagungsurteils ist nach §§ 708, Ziff. 7, 709, Ziff. 4, 710, 717 ZPO. zu erklären.

Gegen die Vollstreckung kann nach § 767 ZPO. die Einwandsklage, nicht die Restitutionsklage erhoben werden, sofern das Zeichen nachträglich als rechtsungültig gelöscht wird.[93])

III. Die Feststellungsklage.

Bei Verletzungen und widerrechtlichen Eingriffen, die den Bestand, das ausschliessliche Benutzungsrecht und die wirtschaftliche Verwertbarkeit des Zeichenrechts in hohem Masse gefährden, steht dem Berechtigten als weiteres Rechtsschutzmittel die Feststellungsklage zur Seite, der jedoch bei weitem nicht die praktische Bedeutung zukommt, die die Untersagungsklage geniesst. Die gleichen Voraussetzungen, die einen Untersagungsanspruch rechtfertigen, geben in den meisten Fällen auch die Feststellungsklage aus § 256 ZPO., sofern der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Bestehen oder Nichtbestehen seines Rechts durch richterliche Entschei-

[93]) RG. JW. 01, S. 228.

dung alsbald festgestellt werde. Die Klage ist also entweder auf die Feststellung der ausschliesslichen Berechtigung des Klägers oder der Nichtberechtigung des Beklagten zu richten. Anlass zur Erhebung der Klage dürfte für den Kläger meist ein wirtschaftliches Jnteresse sein; doch auch das wirtschaftliche Jnteresse ist als rechtliches Jnteresse im Sinne des § 256 ZPO. anzuerkennen, denn gerade im Warenzeichenrecht sind die wirtschaftlichen Beziehungen mit den Rechtsbeziehungen aufs engste verknüpft, sie bilden sozusagen einen Teil der Rechtsbeziehungen, sie können deshalb nicht allgemein ausgeschlossen werden.[94]) Das Recht des Klägers auf alsbaldige Feststellung setzt die begründete Besorgnis weiterer Gefährdung, die auch für die Untersagungsklage geforderte Wiederholungsgefahr voraus.[95]) Dieses Recht an der alsbaldigen Feststellung ist somit vorhanden, wenn die vorhergehende rechtskräftige Feststellung des Bestehens und des Umfanges des Rechts zur Vorbereitung der Entschädigungsklage aus § 14 WZG. dient, oder wenn damit der Nachweis der Wissentlichkeit oder groben Fahrlässigkeit für den Entschädigungsprozess gesichert werden soll, wenn also durch die Feststellungsklage ein Verlust von Beweismitteln vermieden werden soll; ferner gegenüber drohenden rechttswidrigen Eingriffen, auch gegenüber mündlichen oder schriftlichen Bestreitungen des klägerischen Rechts, wenn z. B. jemand behauptet, das Zeichen müsse auf Grund der §§ 8, 9 WZG. gelöscht werden, oder wenn zwar grundsätzlich die Rechtsbeständigkeit nicht abgestritten, aber der beanspruchte Umfang und die Tragweite des Rechts nicht anerkannt wird. Berühmt sich jemand des Zeichenrechts, so ist auch gegen ihn die negative Feststellungsklage geboten.[96])

Die Feststellungsklage erscheint immer dann angebracht, wenn überhaupt noch keine Störungen vorgekommen sind, sondern solche nur vorbereitet werden. Es empfiehlt sich dann

---

[94]) RG. 35, S. 392.
[95]) RG. 95, S. 306.
[96]) JW. 91, S. 386.

jedoch, mit dem Feststellungsantrag den Unterlassungsantrag zu verbinden, weil nur das ein Unterlassungsgebot aussprechende Urteil einen Titel zur Zwangsvollstreckung gibt.

Ein ausgesprochenes Bedürfnis ist endlich vorhanden, wenn im Laufe des auf Grund der abwehrenden Klage eingeleiteten Rechtsstreits die Störungen eingestellt werden und die Besorgnis zukünftiger Störungen entfällt, wenn angenommen werden darf, der Beklagte werde von weiteren Störungen sofort ablassen, sofern durch den Feststellungsprozess das vom Beklagten bestrittene Recht bewiesen sein wird. Sodann ist der Antrag auf Untersagung des rechtswidrigen Verhaltens in den Antrag auf Feststellung der Nichtberechtigung des Beklagten umzuändern. War also der ursprünglich gestellte Antrag für erledigt zu erklären, so stellt die Umwandlung des Antrages keine prozessuale Befugnis, sondern eine Pflicht des Klägers dar.[97])

Wie bei der Unterlassungsklage ist die bona oder mala fides des Beklagten an sein Recht beim Feststellungsprozess unbeachtlich; bezüglich der Widerrechtlichkeit, der Aktiv- und Passivlegitimation, der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit gilt das bei der Untersagungsklage Gesagte.

IV. Vorläufige Rechtsbehelfe.

a) Die einstweilige Verfügung.

Einen wirksamen, schnellen Schutz verleiht die einstweilige Verfügung dem Zeicheninhaber gegenüber Beeinträchtigungen jeglicher Art. Sie erscheint um so beachtlicher, als der Berechtigte damit innerhalb weniger Stunden, ohne den Ausgang eines langwierigen Prozessverfahrens abwarten zu müssen, störenden Eingriffen Einhalt gebieten und grösseren Verwirrungen des kaufenden Publikums über Herstellungs- und Vertriebsstätte der gezeichneten Ware vorbeugen kann. Die einstweilige Verfügung hat sich besonders in den letzten

[97]) RG. in MuW. 18, S. 140.

Jahrzehnten angesichts der ungeheuren Ausdehnung und des Anwachsens aller Jndustriezweige und des damit verbundenen ausserordentlich heftigen Konkurrenzkampfes, der gerade auf dem Gebiete des Zeichenrechts zu zahlreichen nicht zu billigenden Eingriffen in fremdes Recht geführt hat, als wirksames Rechtsschutzmittel erwiesen.

Die einstweilige Verfügung ist nach § 940 ZPO. zum Zwecke der Zwischenregelung eines Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, sofern die Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Diese Notwendigkeit, worüber das Gericht nach freiem Ermessen zu befinden hat, ist sehr häufig gegeben. Ein wesentlicher Nachteil ist besonders dann als vorliegend zu erachten, wenn der Berechtigte glaubhaft macht, dass ihm ohne Erlass der Verfügung die ungestörte Ausnutzung seines Rechts unmöglich sei,[98]) da der Verletzer während der meist erheblichen Dauer des Prozesses im fortdauernden, widerrechtlichen Genusse des Zeichens sei. Allein dieser Hinweis genügt im Regelfalle zur Rechtfertigung.[99]) Unzweifelhaft ist, dass ein Zeichen durch längere Konkurrenz des Gegners beträchtlich an Wert verliert, vielleicht sogar zur völligen Bedeutungslosigkeit herabsinkt, während der Verletzer seine unbilligen Vorteile zum mindesten bis zum ungünstigen Ausgang des Prozesses zieht und er bis zum Urteilsspruch keine weitere Verantwortung trägt. Denn eine Entschädigungspflicht besteht für ihn nur, wenn ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit nachgewiesen wird. Dieser Nachweis ist im Einzelnen nicht immer mit Leichtigkeit zu erbringen; auch ist die Frage, ob der Kläger beim Obsiegen von dem vielleicht zahlungsschwachen Gegner eine hinreichende Entschädigung erhalten wird, äusserst zweifelhaft.

Somit ist es unrichtig, der früher geübten Praxis des Reichsgerichts zu folgen, die beim Erlass einer einstweiligen

---

[98]) RG. Bolze, 5, Nr. 1398.

[99]) Zustimmend im Ergebnis Allfeld, S. 565, Kent, Nr. 462; Seligsohn, S. 201.

Verfügung vom Antragsteller den Nachweis forderte, dass der Gegner dolos oder grob fahrlässig gehandelt habe oder dass bei Fortdauer des gegenwärtigen Zustandes ohne Erlass einer einstweiligen Verfügung die Beweissicherung und damit auch die Erlangung einer gebührenden Entschädigung gefährdet sei.[100]) Diese vom Reichsgericht zunächst für das Patentrecht aufgestellten, sodann auch auf das Zeichenrecht ausgedehnten Grundsätze sind mit Recht verlassen worden,[101]) schon deswegen, weil eine Entschädigung nur selten und diese vielfach nur unzulänglich erzielt wird, und weil in § 945 ZPO. dem Antragsteller bei mutwilliger und ungerechtfertigter Beantragung eine Schadensersatzpflicht auferlegt wird. Diese Ersatzpflicht wird die leichtfertige Stellung von Anträgen unterbinden, sodass einlaufenden Anträgen auf Erlass meist stattgegeben werden kann.

Beim Erlass der einstweiligen Verfügung ist nicht nur einseitig das Jnteresse des Berechtigten, das er an dem ungestörten Genusse seines Rechts hat, sondern es sind auch die dem Antragsgegner durch Ausführung der Verfügung drohenden Gefahren und schweren Benachteiligungen zu berücksichtigen Unter Zugrundelegung aller dieser Erwägungen wird über den Erlass der einstweiligen Verfügung, die für den Geschäftsbetrieb des Gegners von einschneidender Bedeutung sein kann, zur Ausräumung irgendwelcher Zweifel meist erst nach voraufgegangener mündlicher Verhandlung zu befinden sein.

Das Verfahren selbst bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 916 ff., insbesondere der §§ 937 ff. ZPO. Zur Glaubhaftmachung seines Rechts wird der Beklagte regelmässig mit dem Antrag die Eintragungsbescheinigung vorlegen und den Nachweis der Verletzung seines Rechts durch Beifügung

---

[100]) RG. Bolze, 4, Nr. 1555 in Gruchots Beitr. 33, S. 1212 ff.; JW. 1894, S. 126. Katz, PMZBl. 1, S. 266, der eine einstweilige Verfügung immer dann erlassen will, wenn nach mündlicher Verhandlung die Verletzung glaubhaft erscheint.

[101]) RG. 69, S. 1 ff.

einer Nachahmung und Abgabe eidesstattlicher Versicherungen führen. Je nach Lage des Einzelfalles sind sonstige Gründe, z. B. die während des Entschädigungsprozesses auftretende Zahlungsunfähigkeit des Beklagten darzutun, die den Erlass rechtfertigen. Wie der Antrag vor oder während des anhängigen Hauptprozesses gestellt, also mit der Störungs-, Entschädigungs- und abwehrenden Klage verbunden werden kann, so steht auch dem Erlass der Verfügung nicht die Rechtshängigkeit entgegen. Das Schicksal des Hauptprozesses ist ohne Einfluss auf den Bestand der Verfügung. Das angegangene und zuständige Gericht bestimmt nach freiem Ermessen, welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes erforderlich sind (§ 938 ZPO.). Die zur Abwendung wesentlicher Nachteile gebotene einstweilige Regelung wird zweckmässig darin bestehen, dass der Richter, unter Umständen nach vorgängiger Sicherheitsleistung unter Androhung der in § 890 ZPO. gegebenen Strafen bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Hauptprozesses die störenden Eingriffe und die Benutzung des streitigen Zeichens verbietet.

b) Das Verfahren zur Sicherung des Beweises.

Eine weitere einstweilige Massregel, die dem Berechtigten zur Vorbereitung der auf dem Klagewege geltend zu machenden Ansprüche dient, ist das Verfahren zur Sicherung des Beweises nach § 485 ff. ZPO., das vom Gericht nach freiem Ermessen auf Antrag des Berechtigten angeordnet werden kann, wenn der Verlust oder die Benutzungserschwerung von Beweismitteln zu besorgen ist oder der Antragsteller an der Feststellung des gegenwärtigen Zustandes einer Sache ein rechtliches Interesse hat. Diesem Verfahren kommt für die Zeichenprozesse eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zu, besonders deshalb, weil die Störungshandlungen häufig nur vorübergehender Natur sind und bei längerem Warten der Beweis der Störung nicht mehr erbracht werden kann, so wenn z. B. widerrechtlich gezeichnete Waren und deren Verpackung vernichtet werden.

Aehnlichen Zwecken zur einstweiligen Sicherung des Berechtigten dient auch die in § 17 WZG. angeordnete Beschlagnahme ausländischer, widerrechtlich gezeichneter Waren bei ihrem Eingang nach Deutschland.

V. Die Entschädigungsklage.

§ 14 WZG. gewährt als wirksamsten zivilen Rechtsbehelf zum Schutze des Zeichenrechts die Entschädigungsklage, die den Störer zum Ersatz des angerichteten Schadens verpflichtet. Sie setzt im Gegensatz zur negatorischen Klage, die schon bei jeder objektiv widerrechtlichen Verletzung gegeben ist, wie grundsätzlich jede Schadensersatzklage ein Verschulden des Verletzenden voraus. Schon deswegen wird die Entschädigungsklage, wenn sie auch einen umso nachdrücklicheren Schutz verleiht, nicht annähernd im gleichen Umfange wie die Untersagungsklage zur Anwendung kommen. Denn der Nachweis des Verschuldens ist recht häufig mit grossen Schwierigkeiten verbunden, sodass der Berechtigte, um der Klagsabweisung mangels Verschulden des Verletzers und der Gefahr zu entgehen, die Kosten des Rechtsstreites tragen zu müssen, von der Erhebung der Entschädigungsklage Abstand nimmt und die Untersagungsklage anstrengt, die ihm sichere Möglichkeiten des Obsiegens bietet.

Als Objekt des Schutzes wird im § 14 das Namen- und Firmenrecht dem Zeichenrecht gleichgestellt. Sofern der Name und die Firma missbräuchlich zur Bezeichnung von Waren, Verpackungen und Ankündigungen verwandt wird, steht dem Verletzten unter den gleichen Voraussetzungen der Schutz durch die Entschädigungsklage zur Seite. Auf den Schutz des Namens und der Firma im Sinne des § 14 WZG. und sonstiger Vorschriften ist hier nicht weiter einzugehen.[102])

Die Verletzung des Zeichenrechts, das im Rahmen des ordnungsmässigen Gewerbebetriebes ausgeübt wird, stellt eine

---

[102]) Vgl. dazu insbesondere die Erörterungen bei Seligsohn, S. 217—221.

unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 BGB. dar. Die Anwendung des § 823 BGB. ist jedoch besonders hinsichtlich der Frage der Entschädigungspflicht für die leicht fahrlässigen Verletzungen ausgeschlossen, weil § 14 WZG. als Spezialgesetz die einheitliche und erschöpfende Regelung gibt. Bei leicht fahrlässigen Verletzungen ist zwar die Unterlassungsklage aus § 12 WZG., nicht aber irgendwelche Schadensverpflichtung gegeben.

a) Die objektiven Voraussetzungen.

1. Die Verletzung des Zeichens.

Der objektive Tatbestand weist abgesehen von einigen Ausnahmen keinen Unterschied von dem der Unterlassungsklage auf. Es kann somit auf die Ausführungen oben unter 2b verwiesen werden.

Eine wichtige Abweichung von der actio negatoria liegt jedoch darin, dass es bei der Entschädigungsklage gleichgültig ist, ob die Störung im Augenblick der Klageerhebung noch fortdauert oder schon völlig abgeschlossen ist und künftige Wiederholungen der Störungen nicht zu befürchten sind. Das Moment der Wiederholungsgefahr ist für die Entschädigungsklage ohne jegliche Bedeutung. Schon der einmalige widerrechtliche Eingriff führt die Ersatzpflicht herbei, sofern er in das Zeichenrecht des Jnhabers eines „nach Massgabe dieses Gesetzes geschützten" Zeichens erfolgt ist. Dies bedeutet, dass es gleichgültig ist, ob das Zeichen zur Zeit der Klageerhebung noch eingetragen oder bereits gelöscht ist; erforderlich ist nur, dass das Zeichen zur Zeit des Eingriffes eingetragen war. Die Eintragung ist somit unbedingte Voraussetzung. Daraus folgt, dass ein nach § 14 ersatzpflichtiger Verstoss ausgeschlossen ist, wenn jemand das von einem anderen tatsächlich benutzte, aber nicht eingetragene Zeichen verwendet;[103]) ferner dass das Zeichen immer nur in der an-

[103]) RG. 18, S. 93.

gemeldeten und eingetragenen Gestalt geschützt ist. Wird das Zeichen im geschäftlichen Verkehr von einem Kaufmann in einer von der Eintragung abweichenden Form benutzt, so geniesst nur die eingetragene, nicht aber die tatsächlich verwandte Gestaltung den Schutz des § 14.[104]) Eine besondere Frage ist dann, ob die tatsächlich verwandte Form, die von der Eintragung abweicht, oder überhaupt nicht eingetragen ist, als Ausstattung anzusehen ist und somit nach § 15 WZG. geschützt ist. Eine Zeichenverletzung ist nicht nur dann gegeben, wenn jemand ein völlig identisches, sondern auch nach § 20 WZG., ein solches Zeichen zur Verwendung bringt, das nur geringe Abweichungen aufweist und Verwechslungsgefahr hervorruft.

Unzweifelhaft macht der Gebrauch eines fremden Zeichens nach § 14 nur ersatzpflichtig, wenn das Zeichen als Warenzeichen verwandt wird; jegliche sonstige Benutzung ist gestattet.

Von grossem Vorteil ist es, wenn das Zeichen zur Zeit der Klageerhebung noch eingetragen ist, da während der Dauer der Eintragung des Zeichens die Ungültigkeit dieses nicht entgegengesetzt werden kann, während nach erfolgter Löschung nach § 12, Abs. 2 WZG. gegen die Geltendmachung des Ersatzanspruches eingewandt werden kann, dass schon zur Zeit der angeblichen Verletzung ein Rechtsgrund für die Löschung vorhanden gewesen sei.

Jm Gegensatz zur abwehrenden Klage begründet nicht jede Störung den Anspruch auf Entschädigung, insbesondere bildet blosses Bestreiten des Rechts, die Vorbereitungs- und Versuchshandlung keinen Anspruchsgrund. Die Störung und Schädigung muss durch ein widerrechtliches Bezeichnen, Jnverkehrbringen und Feilhalten hervorgerufen sein. Andere Störungshandlungen, die als unlautere Wettbewerbshandlungen festgestellt werden können, verpflichten nur dann zum Ersatz,

---

[104]) Seligsohn, S. 217; Allfeld, S. 582.

wenn auf Grund des Reichsgesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, das auch zur Ergänzung des Warenzeichengesetzes dient, ihre Verfolgung ermöglicht ist.[105])

2. Die Widerrechtlichkeit.

Die Widerrechtlichkeit besagt wie bei der Unterlassungsklage, dass der Eingriff objektiv unbefugt erfolgt sein muss. Vgl. im einzelnen die Ausführungen oben II d. Ausgeschlossen ist die Widerrechtlichkeit, wenn jemand sich auf den Schutz des § 13 WZG. berufen kann, oder der Jnhaber des Zeichenrechts auf seine Ausschliessungsrechte im Wege der Lizenz verzichtete. Es bedarf keines weiteren Hinweises, dass die Erlaubnis auch durch konkludente Handlungen erteilt werden kann.

3. Der Schaden.

Wie jeder Schadensersatzanspruch die Entstehung eines Schadens voraussetzt, so muss dem Kläger auch durch die Verletzung des Zeichenrechts ein Schaden entstanden sein. Dies ist von besonderer Bedeutung, weil durch die Verwirklichung des in § 14 gesetzten Tatbestandes keineswegs immer eine Schädigung des Berechtigten hervorgerufen wird. Nicht jede Verletzung schädigt, so besonders nicht, wenn das Zeichen zwar zum Zwecke des Jnverkehrsetzens angebracht wird, ein Jnverkehrbringen, Feilhalten der gezeichneten Ware usw. aber noch nicht stattgefunden hat. Dann ist jegliche Entschädigungspflicht ausgeschlossen, wodurch jedoch die Strafbarkeit nach § 14, Abs. 2, nicht berührt wird.[106]) Daraus, dass ein konkreter Schadenstatbestand vorliegen muss, ergibt sich auch, dass eine Ersatzklage wegen zukünftiger Verletzungen

---

[105]) Kent, Nr. 8 und 567.

[106]) Allfeld, S. 596; Seligsohn, S. 222. Abzulehnen ist die Ansicht Landgrafs, S. 74, der schon auf Grund der Verletzung ohne Rücksicht darauf, ob geschäftliche Jnteressen verletzt sind, eine Entschädigung zuspricht. Dies würde zu einem völlig unbilligen Ergebnis führen.

nicht zulässig ist.[107]) Vom Jnhalte des Schadens soll bei den Erörterungen über die Entschädigung, unten V. e) die Rede sein.

b) Die subjektiven Voraussetzungen.

1. Die Wissentlichkeit.

Zur Entstehung der schuldrechtlichen Ersatzverpflichtung setzt das absolute Zeichenrecht eine schuldhafte Zuwiderhandlung voraus; eine solche Verfehlung liegt in dem wissentlichen oder grobfahrlässigen Verstoss gegen das Zeichenrecht.

Wissentlich widerrechtlich handelt, wer in Kenntnis der tatsächlichen Umstände tätig wird, die die subjektive Widerrechtlichkeit seines Handelns ergeben, d. h., die Kenntnis der tatsächlichen Voraussetzungen, in denen der gesetzliche Tatbestand für die Entschädigungspflicht und Strafbarkeit liegt. Vielfach ist hiermit auch das Wissen verbunden, dass ein fremdes Verbietungsrecht besteht, dass ein zu Gunsten eines anderen bestehendes Zeichenrecht verletzt wird, gleichzeitig aber kein gesetzlicher oder vertraglicher Rechtsgrund vorliegt, wonach das Schutzrecht dem Verletzer gegenüber der Wirksamkeit entkräftet ist.

Zur wissentlichen Zuwiderhandlung gehört somit erstens, dass sich der Täter der Tätigkeit des Versehens, Jnverkehrbringens oder Feilhaltens überhaupt bewusst ist. Zweifel könnten hier auftauchen, sofern die verletzende Tätigkeit nicht vom Geschäftsherrn selbst, sondern von seinen Angestellten vorgenommen ist.[108]) Hat der Geschäftsherr dann vielleicht die Anbringung des fremden Zeichens untersagt, so kann er trotz mangelnder Ueberwachung des Personals nicht zur Verantwortung gezogen werden. Hiermit ist aber für den Geschäftsherrn keine unbillige Möglichkeit gegeben, sich der Entschädigungspflicht für fernere von seinen Angestellten vorgenommene Störungshandlungen zu entziehen, da dem Geschäfts-

---

[107]) RG. PMZBl. 8, S. 211.
[108]) Allfeld, S. 588.

herrn eventueller Vorsatz (s. u!) zur Last zu legen ist, wenn er annimmt, dass seine Angestellten doch dem vielleicht nur zum Schein gegebenen Verbot zuwiderhandeln werden und er selbst gegen diese Verstösse keine abstellenden Massnahmen ergreift.

Zur wissentlichen Zuwiderhandlung gehört ferner, dass der Störer das fremde Recht und die mangelnde eigene Befugnis, gegen dieses Recht zu verstossen, kennt. Der Täter muss somit wissen, dass das Zeichen zu Gunsten eines anderen eingetragen ist. Die Wissentlichkeit der Verletzung wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass die widerrechtlich gezeichnete Ware aus Versehen oder ohne Erkenntnis des fremden Zeichens vom Gewerbetreibenden erworben und nach Aufdeckung des Jrrtums weiter veräussert wird.

Der Begriff der Wissentlichkeit des § 14 erfordert keine gewinnsüchtige oder unredliche Absicht oder das Bewusstsein, durch Schädigung Dritter sich selbst Vorteil zu verschaffen;[109]) ferner nicht die Täuschungsabsicht, Abnehmer und Verbraucher der Ware über ihren Herstellungs- und Vertriebsort irre zu führen.[110]) Selbst die Aufklärung der Abnehmer über Herkunft der Ware hebt die Wissentlichkeit nicht auf. Die unredliche Täuschungsabsicht ist allein von Bedeutung für die Feststellung der Höhe der Entschädigung und der Strafzumessung. Die Kenntnis der Person des Berechtigten wird von der Wissentlichkeit nicht umfasst.[111])

Wissentlich handelt nicht nur, „wer sich der von ihm verwirklichten Tatbestandsmerkmale in einer jeden Zweifel ausschliessenden Weise bewusst ist, sondern auch derjenige, der zwar nicht von dem Vorhandensein aller wesentlichen Merkmale sichere Kenntnis hat, es aber für möglich hält, dass alle diese Merkmale gegeben sein können, und auf die Gefahr

---

[109]) RGStr. 24, S. 98.
[110]) ROHG. 24, S. 233; RGStr. 29, S. 34; 34, S. 229. RG. JW. 1901, S. 823.
[111]) Seligsohn, S. 222; Allfeld, S. 589.

hin, dass seine Annahme zutreffend sei, die Handlung vornimmt, wer also mit Eventualdolus handelt."[112]) Die Gleichstellung des Dolus eventualis mit dem Dolus, worüber in der Literatur noch keine völlige Einmütigkeit erzielt ist,[113]) ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts[114]) durchgeführt, und für die Ansprüche aus dem Warenzeichenrecht unentbehrlich. Denn da dem Verletzer schwerlich immer die Wissentlichkeit nachzuweisen ist, wäre den Jnteressen des Berechtigten schlecht gedient, wenn nicht auch solche Handlungen eines Täters ersatzpflichtig machen würden, die im Bewusstsein der Möglichkeit einer Rechtsverletzung unter Billigung des rechtswidrigen Erfolges vorgenommen sind.

Die Tatsache, dass ein Zeichen möglicherweise geschützt ist, ergibt sich meistens schon daraus, dass ein anderer dasselbe Zeichen verwendet, das als besonders charakteristisches auf wertvolle Ware hinweisendes Zeichen bereits starke Verbreitung gefunden hat. Wenn z. B. in einem solchen Falle jemand ohne weitere Erkundigungen und in Kenntnis solcher Umstände, die Anlass zu Nachforschungen über das Bestehen eines fremden Verbietungsrechts geben, das fremde Zeichen benutzt, so liegt regelmässig Dolus eventualis vor. Nicht zu billigen ist die Ansicht von Kent[115]), der hier sogar volle Wissentlichkeit annimmt. Jn Zweifelsfällen wird man eher statt des Dolus eventualis grobe Fahrlässigkeit annehmen müssen.

Weitere Fälle des Dolus eventualis liegen vor, wenn jemand ein geschütztes Zeichen verwendet, nachdem der Berechtigte oder eine andere Person bereits unter Hinweis auf das Zeichenrecht vor dem Gebrauch gewarnt oder auf die Verletzung aufmerksam gemacht haben; die Verwendung eines Zeichens, das zwar angemeldet war, dessen Eintragung aber wegen bestehender Verwechslungsgefahr zunächst zurückgewiesen, später aber

---

[112]) Allfeld, S. 589.
[113]) Liszt-Schmidt, S. 246.
[114]) RG. 6, S. 272; 21, S. 420; 33, S. 4.
[115]) Nr. 599.

genehmigt wurde; endlich, wenn wegen einer Zeichenrechtsverletzung bereits die Unterlassungsklage erhoben war und die Benutzung nicht aufgegeben wird.

Dagegen ist ein Dolus eventualis dann nicht vorhanden, wenn der Verletzer nach gewissenhafter Prüfung, die die vermeintliche Haltlosigkeit seiner Bedenken ergibt, zu der festen Ueberzeugung gelangt, es liege keine Zeichenverletzung vor. Der blosse Zweifel an der Rechtmässigkeit des Tuns enthält keinen Dolus eventualis.[116])

Die Wissentlichkeit muss in dem Zeitpunkte, in dem die widerrechtliche Handlung vorgenommen wurde, bestanden haben; andererseits genügt aber auch, dass sie zu dieser Zeit bestand, selbst wenn die Handlung sich als Fortsetzung der im guten Glauben an die Rechtmässigkeit begonnenen Tätigkeit darstellt; ferner genügt, dass die Entdeckung der Widerrechtlichkeit der im guten Glauben vorgenommenen Bezeichnung vor der Weiterveräusserung erfolgt.[117]) Auf Wissentlichkeit lässt besonders der Umstand mit Sicherheit schliessen, dass ein Zeichen, das völlige Uebereinstimmung oder grosse Verwechslungsähnlichkeit aufweist, benutzt wird, da eine zufällige, gleichartige Nachahmung im allgemeinen ausgeschlossen ist;[118]) auch sofern der Verletzer neben dem Zeichen auch die sonstige Ausstattung nachahmt, ist die Wissentlichkeit meist erwiesen. Das Gleiche gilt, wenn die Täuschungsabsicht ersichtlich ist, die widerrechtliche Bezeichnung im Gegensatz zum geschützten Zeichen solche Abweichungen aufweist, aus welchen die Täuschungsabsicht erhellt, wenn z. B. einem Wortzeichen so kleingedruckte und sonstige unauffällige Zusätze hinzugefügt sind, dass sie eine Unterscheidung nicht bewirken und im Verkehr übersehen werden und wenn der Verletzer ausserdem echte Bezeichnungen in Händen hatte oder dieser bereits früher wegen missbräuchlicher Zeichenverletzung zur Verantwortung gezogen ist.

---

[116]) RGStr. 15, S. 34; 21, S. 422
[117]) RG. DJZ. 1899, S. 238.
[118]) RG. 14, S. 419; 19, S. 318.

Es handelt sich in all diesen Fällen um tatsächliche, nicht gesetzliche Vermutungen, deren Entkräftung dem Verletzer offensteht. Aus der Eintragung ist insbesondere nicht die Rechtsvermutung herzuleiten, dass die Eintragung zur allgemeinen Kenntnis gelangt ist.[119]) Hieraus kann nicht auf die Wissentlichkeit geschlossen werden, die etwa der Störer zu widerlegen hätte.

Die Klageerhebung wird in zahlreichen Fällen, wenn auch nicht ausnahmslos, den Schluss rechtfertigen, dass dem Beklagten bezüglich der nach der Klage fortgesetzten Störungshandlungen Wissentlichkeit zur Last zu legen ist. Dies darf jedoch nicht soweit gehen, dass der Beklagte vom Augenblick der Klageerhebung grundsätzlich ohne weiteren Nachweis eines Verschuldens auf Schadensersatz haftet. Der Kläger ist hinsichtlich der nach Rechtshängigkeit eintretenden Verletzungen nicht vom Beweis der Wissentlichkeit befreit.[120]) Die durch Klagezustellung und Rechtshängigkeit tatsächlich begründete Vermutung der Wissentlichkeit kann andererseits durch den Hinweis auf den guten Glauben und sonstige Umstände, die die Nichtexistenz des klägerischen Rechts rechtfertigen, vom Beklagten entkräftet werden.

Die zivilrechtliche Entschädigungspflicht ist neben der Wissentlichkeit auch noch vom Bewusstsein der Rechtswidrigkeit, der Kenntnis des Verbotenseins bedingt, das nur durch die Ueberzeugung, nicht rechtswidrig zu handeln, ausgeschlossen ist. (Siehe unten Ziff. 3)[121])

2. Die grobe Fahrlässigkeit.

Nicht nur Wissentlichkeit, sondern auch grobe Fahrlässigkeit begründet die Entschädigungspflicht. Damit ist einem ausserordentlich lebhaften Bedürfnis Rechnung getragen, denn der Nachweis der Wissentlichkeit ist nur in seltenen Fällen ohne Schwierigkeit zu erbringen und die durch grobe

---

[119]) Kent, Nr. 612.
[120]) Kent, Nr. 602.
[121]) RG. 72, S. 4; 75, S. 225; 88, S. 436.

Fahrlässigkeit verursachte Zeichenverletzung ist ebensowenig mit redlichem Geschäftswettbewerbe in Einklang zu bringen, wie die wissentliche Verletzung.

Der Fahrlässigkeitsbegriff ist aus § 276 Abs. 2 BGB. zu entnehmen: „Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser Acht lässt." Fahrlässigkeit bedeutet somit den Mangel derjenigen Sorgfalt, durch die der rechtswidrige Erfolg hätte vermieden werden können. Das widerrechtliche Versehen von Waren usw. mit einem geschützten Zeichen oder das Jnverkehrsetzen dieser Waren geschieht fahrlässig, wenn man sich den unbefugten Eingriff in ein fremdes Recht überhaupt nicht vorgestellt hat oder das Bewusstsein der Möglichkeit des rechtsverletzenden Erfolges zwar vorliegt, aber die Vorstellung des Eintritts des Erfolges im Glauben zurückgewiesen wird, die Verletzung werde vermieden, und gleichzeitig die zur Abwendung des Eintritts des Erfolges gebotene Sorgfalt vernachlässigt.[122])

Wenn die dem ordentlichen Menschen obliegende Sorgfalt, deren Grad nach objektivem Masstabe unter Zugrundelegung der Auffassung des normalen Verkehrs zu bestimmen ist, in besonders schwerer Weise vernachlässigt wird, liegt grobe Fahrlässigkeit vor. „Eine feste Formel, an deren Hand der Richter mit Sicherheit über das Vorliegen grober Fahrlässigkeit entscheiden kann, lässt sich nicht aufstellen. Er kann nur nach der Erfahrung des Lebens und unter Berücksichtigung einerseits der Individualität des Betreffenden, um den Kreis, zu welchem er gehört, zu bestimmen, andererseits der durchschnittlichen Gepflogenheiten dieses Kreises in jedem einzelnen Falle feststellen, ob dem Täter eine solche Fahrlässigkeit zur Last fällt."[123]) Eine scharfe Grenzziehung zwischen grober Fahrlässigkeit und Dolus eventualis wird selten möglich sein, denn nur in dem Bewusstsein der Möglichkeit des verletzenden Erfolges und in dem Nichtwollen die-

---

[122]) RGStr. 15, S. 38; 20, S. 212; RG. 26, S. 210.
[123]) Seligsohn, S. 223.

ses Erfolges liegt der Unterschied. Ob dieses Bewusstsein und das Nichtwollen im Einzelfalle ausgeschlossen ist, wird schwerlich zu entscheiden sein, da die Zurückweisung der Möglichkeit des Eintritts des rechtswidrigen Erfolges sich als innerer Vorgang darstellt und durch irgend welche äusseren Umstände keinen Ausdruck findet. Es ist Tatfrage, wann Dolus eventualis, wann grobe Fahrlässigkeit vorliegt. Als grobe Fahrlässigkeit ist es insbesondere zu bezeichnen, wenn ein Gewerbetreibender diejenige Sorgfalt und Aufmerksamkeit nicht beobachtet, die in dem von ihm betriebenen Jndustrie- oder Handelszweige allgemein geübt wird, oder welche nach Art des Geschäftes erforderlich ist.[124]) Den Grossindustriellen und Grosskaufmann trifft natürlich eine grössere Sorgfaltspflicht, als den Kleingewerbetreibenden. So hat der erstere sich bei der Neuwählung eines Zeichens regelmässig darum zu kümmern, ob es nicht schon für einen anderen für Waren der gleichen Art eingetragen ist. Ob das Nichtkennen der geschützten Zeichen des eigenen Geschäftszweiges bereits als grobe Fahrlässigkeit zu bezeichnen ist, ist Tatfrage. Unter Berücksichtigung der üblichen Handelsgewohnheiten dürfte dies für den Fabrikanten und Grosshändler zu bejahen sein, für den eine allgemeine Orientierungspflicht über die Bekanntmachungen des Patentamtes unerlässlich ist.[125]) Doch eine Rechtsvermutung dahin, dass die amtliche Bekanntmachung des Zeichens genüge, um das strafbare Bewusstsein oder zum Mindesten grobe Fahrlässigkeit zu erweisen, ist vom Gesetz nicht aufgestellt.[126])

Bei einem Kleingewerbetreibenden ist zur Feststellung der groben Fahrlässigkeit „seine Persönlichkeit, der Umfang und die Eigenart des Geschäftsbetriebes, der Grad der Verbreitung der rechtmässig gezeichneten Ware, die mehr oder

---

[124]) Kent, Nr. 614.
[125]) Zustimmend Seligsohn, S. 224; grundsätzlich auch Allfeld, S. 594.
[126]) RG. JW. 1899, S. 478.

minder ausgeprägte Originalität des Zeichens zu berücksichtigen."[127])

Leichte Fahrlässigkeit begründet keine Ersatzpflicht, auch nicht bis zur Höhe der Bereicherung, da das Warenzeichengesetz als einheitliche und erschöpfende Regelung keine Haftung für diese aufgestellt hat.

3. Der Jrrtum.

Das Verschulden, Wissentlichkeit wie grobe Fahrlässigkeit wird vom Jrrtum beeinflusst. Hierbei ist zwischen Rechtsirrtum und tatsächlichem Jrrtum zu unterscheiden.

Bezügl. der zivilrechtlichen Entschädigungspflicht schliesst der Rechtsirrtum d. h. die Unkenntnis und die falsche Auslegung der Rechtsnormen die Wissentlichkeit aus. Die Unkenntnis und unrichtige Auslegung, der Jrrtum über die zivilrechtlichen Folgen einer an sich als rechtswidrig erkannten Handlung schützt also gegen die Anwendung der zivilrechtlichen Normen.[128])

Beachtlich ist auch der Jrrtum über reine Tatsachen, über das Vorhandensein einer oder der wesentlichen Voraussetzungen der Widerrechtlichkeit. Ein die Wissentlichkeit ausschliessender Jrrtum wird nicht schon durch die Unklarheit und Zweifel des Störenden darüber begründet, ob ein fremdes Verbietungsrecht der Vornahme der Handlungen entgegenstehe. Ein solcher tatsächlicher Jrrtum liegt nur dann vor, wenn der Verletzer nach sachlich eingehender und redlicher Prüfung die jeden Zweifel ausschliessende Ueberzeugung gewonnen hat, dass kein fremdes Schutzrecht besteht, oder aber ihm trotz des fremden Rechts ein Benutzungsrecht zusteht. Als wesentlicher tatsächlicher Jrrtum gilt somit der Jrrtum des Verletzers über die Eintragung des nachgeahmten Zeichens in die Zeichenrolle oder über die Uebereins-

---

[127]) Seligsohn, S. 224.

[128]) RG. 68, S. 437; 73, S. 337, 86, S. 286; 110, S. 17. Pinzger-Heinemann, S. 262/63; Freund-Magnus, S. 187; Allfeld, S. 591; Stenglein § 14, Nr. 12; a. A. Seligsohn, S. 225.

stimmung des nachgeahmten Zeichens mit dem eigenen.[129]) Beachtlich ist auch der irrtümliche Glaube des Verletzenden, das Zeichen sei für ihn eingetragen oder der Berechtigte habe ihm die Erlaubnis zur Benutzung erteilt, die Berechtigung sei nach tatsächlichen Erwägungen aus § 13 WZG. herzuleiten, selbst wenn sich der Jrrtum auf die Grenzen der Anwendung des § 13 bezieht.[130]) Jmmer aber müssen im letzteren Falle besondere tatsächliche Umstände vorliegen, die die Annahme rechtfertigen. Ein Jrrtum über die Person des Verletzten ist dagegen ohne Bedeutung, da die Kenntnis der Person des Verletzten nicht zum gesetzlichen Tatbestande gehört, es sei denn, der Verletzer behauptet, die Erlaubnis der Benutzung sei ihm von einem Dritten erteilt, den er für den Berechtigten gehalten habe.

Jm Jnteresse einer einheitlichen und gegenüberstellenden Behandlung des zivil- und strafrechtlichen Jrrtums soll bereits hier auf den Jrrtum als Schuldausschliessungsgrund im Sinne der Strafbestimmung des § 14 II WZG. eingegangen werden.

Da alle Vorschriften, die die Voraussetzungen der Widerrechtlichkeit eines Eingriffs betreffen, zivilrechtlicher Natur sind, und der Jrrtum über diese wie über öffentliche Rechtsnormen auf dem Gebiete des Strafrechts dem tatsächlichen Jrrtume gleichsteht, gilt der Rechtsirrtum insoweit als Entschuldigungsgrund, die Strafbarkeit ist nach § 59 StrGB. ausgeschlossen.[131]) Dieser Rechtsirrtum schützt jedoch nicht, sofern sich die zivilen Rechtsnormen auf den Sinn und das Bestehen des Strafgesetzbuches beziehen,[132]) diese zum stillschweigenden oder ausdrücklichen Tatbestand der Strafvorschrift werden. Somit liegt ein nicht zu berücksichtigender Rechtsirrtum vor, wenn der Täter sich in einem Jrrtum über Sinn und Tragweite des § 12 befindet, denn die Normen des

---

[129]) RG. JW. 1897, S. 550.
[130]) RG. JW. 1900, S. 223; RGStr. 36, S. 199.
[131]) RGStr. 16, S. 87; 22, S. 148. Vgl. auch S. 63, Anm. 2).
[132]) RGStr. 19, S. 209; 20, S. 393.

§ 12 sind in dem § 14 aufgegangen.[133]) Dasselbe hat das Reichsgericht in konstanter Rechtsprechung für die im Warenzeichengesetz selbst enthaltenen Bestimmungen angenommen, welche die Voraussetzungen betreffen, nach denen ein zeichenrechtlicher rechtswidriger Eingriff gegeben ist. Diese bilden den unmittelbaren oder mittelbaren Jnhalt der Strafrechtsnormen, wenn die Strafrechtsnorm auf die Bestimmungen verweist. Der Jrrtum über diese Zivilrechtsnormen schliesst die Strafverfolgung nicht aus.

Für die Frage der Wissentlichkeit ist es ohne Bedeutung, ob der Jrrtum bei Anwendung gehöriger Sorgfalt vermieden werden konnte. Dagegen ist die Entschuldbarkeit des Jrrtums für die grobe Fahrlässigkeit beachtlich. Wie die Wissentlichkeit, so wird auch die grobe Fahrlässigkeit durch tatsächlichen Jrrtum ausgeschlossen; nur gilt hierbei im Gegensatz zur Wissentlichkeit nach § 59 Abs. 2 StrGB. die Voraussetzung, dass der Jrrtum selbst nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhen darf.

c) Der Entschädigungsberechtigte.

Entschädigungsberechtigt ist der Verletzte, also derjenige, welcher zur Zeit der widerrechtlichen Handlung im Besitz des Zeichenrechts war, der als Berechtigte eingetragene Zeicheninhaber. Nicht erforderlich ist es, dass der Verletzte noch in dem Zeitpunkte, in welchem die Entschäigungsrechte geltend gemacht werden, Jnhaber des Rechts ist. So steht dem Berechtigten, der nach der Rechtsverletzung den Geschäftsbetrieb mit dem Warenzeichen oder mit der Firma veräussert hat, gleichwohl noch der Entschädigungsanspruch zu, es sei denn, dass er auch diesen übertragen hat. Andererseits

---

[133]) RGStr. 29, S. 312, und S. 353; Seligsohn, S. 225; Kent, Nr. 605; Stenglein, § 14, Nr. 12. A.A.: Allfeld, S. 592, nach dem alle Vorschriften, welche sich auf den Straftatbestand beziehen, ihre zivile Rechtsnatur behalten und der Jrrtum über diese den Vorsatz nach § 59 StGB. ausschliesst.

ist der Jnhaber des Zeichens selbst dann Verletzter, wenn er zur Zeit des Eingriffes, der nach dem Uebergang des Geschäfts erfolgt ist, noch nicht eingetragen ist. Es erscheint dann, wenn die Zeichenverletzung zu einer Zeit begangen ist, wo das Zeichenrecht von dem ursprünglichen Jnhaber mit dem Geschäftsbetrieb bereits auf eine andere Person übertragen oder auf den Erben übergegangen, dieser Uebergang aber noch nicht in die Zeichenrolle eingetragen ist, zwar der Rechtsnachfolger als der Verletzte, die Aktivlegitimation zur Klage folgt dem Verletzten aber erst mit der Umschreibung. Neben dem noch nicht eingetragenen Rechtsnachfolger bleibt der noch eingetragene Veräusserer — zum mindesten Dritten gegenüber — nur in Ausnahmefällen zur Geltendmachung des Entschädigungsanspruches berechtigt, sodann, wenn sich der Veräusserer vertragsmässig dem Erwerber gegenüber zur Geltendmachung der bis zur Eintragung erwachsenden Entschädigungsansprüche verpflichtet hat.[134])

Sind mehrere Verletzte vorhanden, so können sie, jeder für sich, oder als Streitgenossen klagen.[135])

Der im Auslande wohnende Zeicheninhaber kann wegen der Verletzung seines Rechts nur klagen, wenn er gemäss § 23 Abs. 2 WZG. einen Vertreter bestellt hat.

Jst der Jnhaber des Rechts ein Handlungsunfähiger, ein Unmündiger, so gilt dieser als Verletzter, anspruchsberechtigt ist der gesetzliche Vertreter.

Die Eröffnung des Konkursverfahrens hindert den Gemeinschuldner, die bisher entstandenen Entschädigungsansprüche zu verfolgen. Da diese zur Konkursmasse gehören, ist nunmehr der Konkursverwalter berechtigt; das Gleiche gilt auch von der Verfolgung der nach der Eröffnung des Konkurses begangenen Eingriffe.

---

[134]) Kent, Nr. 586.
[135]) RG. 103, S. 396.

Der Niessbraucher, der Pfandgläubiger, der Lizenznehmer, der sog. Monopolist, dem der Zeicheninhaber in zulässiger Weise den ausschliesslichen Vertrieb der rechtmässig gezeichneten Ware innerhalb eines genau begrenzten Gebietes eingeräumt hat, sei es auch als Niessbraucher, dem ein absolutes dingliches Nutzungsrecht zur Seite steht, alle diese Personen sind nicht anspruchsberechtigt. Jn Anlehnung an den strengen, Klarheit schaffenden Formalismus ist der in konstanter Rechtsprechung entwickelten Ansicht des Reichsgerichts[136]) zu folgen, dass nur der Eingetragene anspruchsberechtigt ist. Wenn der Eingetragene auch das ausschliessliche Ausnutzungsrecht auf den sein eigenes Geschäft betreibenden Monopolisten übertragen hat, so sind wegen der sich aus § 7 Abs. 1, Satz 2 ergebenden Untrennbarkeit des Zeichens vom Geschäftsbetrieb doch damit nicht die sonstigen aus der Eintragung entspringenden Rechte übergegangen. Nur das Rechtsgut des Eingetragenen ist verletzt. Aus § 14 WZG. ist der Entschädigungsanspruch für die obengenannten Personen nicht herzuleiten.

Jst eine offene Handelsgesellschaft als Berechtigte eingetragen, so ist nur diese, nicht auch der einzelne Gesellschafter zur Klageerhebung befugt.[137])

Sofern mehrere Anspruchsberechtigte vorhanden sind, kann jeder ohne Rücksicht auf den anderen den ihm erwachsenen Schaden geltend machen.

Da somit als Anspruchsberechtigter nur die Person des Eingetragenen von Bedeutung ist, kann auch der getäuschte Käufer der widerrechtlich gezeichneten Ware keinen Ersatzanspruch an den Verletzenden stellen. Jhm ist aber der Rechts-

---

[136]) RG. 64, S. 398, während es früher einen teilweise anderen Standpunkt einnahm, vgl. 12, S. 328, 38. S. 39 ff. Zustimmend Kent, Nr. 586; Seligsohn, S. 227. Ablehnend Allfeld, S. 598; Finger, WZG. 287 und 352. Dem Lizenznehmer versagen auch letztere den Entschädigungsanspruch.

[137]) RG. 86, S. 66; 90, S. 300

weg nicht verwehrt nach den Grundsätzen über Kauf oder Betrug Entschädigung zu verlangen.[138])

d) Der Entschädigungsverpflichtete.

Zur Entschädigung verpflichtet, passiv legitimiert ist der Verletzende, bezw. seine Erben. Es steht ausser Zweifel, dass die Entschädigungsverpflichtung auch eine juristische Person trifft, sofern sie nach allgemeinen Grundsätzen für Verschulden und Verfehlungen ihrer Vorstände, verfassungsmässigen Vertreter, Beamten oder sonstigen Angestellten einzustehen hat. Gegen die Zulässigkeit der Zuziehung der allgemein bürgerlichrechtlichen Haftungsgrundsätze dürften sich keine Bedenken ergeben, da hiermit keine Erweiterung des durch das Warenzeichengesetz einheitlich und erschöpfend geregelten Zeichenrechts, sondern nur eine Ergänzung und Erläuterung der in § 14 gesetzten Verantwortung erstrebt wird. Bei den juristischen Personen ist zu unterscheiden zwischen den Handlungen der Willensorgane und verfassungsmässigen Vertreter und den Handlungen sonstiger Angestellter und Beauftragter, die meist nur untergeordnete und befohlene Verrichtungen zu erledigen haben. Die Haftung der rechtsfähigen Vereine und sonstigen juristischen Personen für Verschulden ihrer Willensorgane bestimmt sich nach den §§ 31, 89 BGB. Gleiches gilt für die Aktiengesellschaften, G. m. b. H., Genossenschaften und Gewerkschaften.[139])

Die Haftung der juristischen Personen bezieht sich nicht nur auf Handlungen, die in Ausübung der Vertretungsmacht geschehen sind, sondern auch auf solche wissentliche oder grobfahrlässige Handlungen, die Verletzungen in Ausführung tatsächlicher Verrichtungen hervorgerufen haben.

Die Haftung für die sonstigen Angestellten und untergeordneten Beamten ergibt sich aus § 831 BGB., wonach die

---

[138]) Kent, Nr. 588; Allfeld, S. 598; Meves, § 14, Nr. 9.
[139]) Staub, HBG. § 178.

juristische Person sich von der Ersatzpflicht durch den Nachweis der Sorgfalt bei der Auswahl oder Beaufsichtigung der Angestellten befreien kann.

Willensorgane und Angestellte haften neben der juristischen Person der Gesellschaft usw. nach § 840 BGB. solidarisch.[140])

Jm übrigen bestimmt sich die Haftung des Vertretenen für seinen Vertreter oder Beauftragten nach gleichen Grundsätzen. So kommt § 831 BGB. zur Anwendung, wenn der schäftsführer grob fahrlässig ohne Wissen des Geschäftsherrn eine Zeichenverletzung begeht.[141]) Handelt der Geschäftsführer dagegen mit Wissen und Billigung des Geschäftsherrn, so sind beide entweder als Mittäter oder der Geschäftsherr als Täter, der Geschäftsführer als Gehilfe im strafrechtlichen Sinne solidarisch nach § 830 BGB. zur Entschädigung verpflichtet. Ein gemeinschaftliches Handeln, das eine Haftung als Gesamtschuldner erzeugt, kann auch bei Duldung oder nachträglicher Billigung und Benutzung des fremden Tuns vorliegen.[142])

e) Der Entschädigungsanspruch.

Der Entschädigungsanspruch ist übertragbar, pfändbar und vererblich. Jm Zweifel geht er nach § 25 HGB. bei Veräusserung des Geschäfts, in dessen Betrieb er erworben wurde, als vermögensrechtliches Aktivum auf den Erwerber über. Seinem Jnhalte nach richtet sich der Ersatzanspruch nach § 249 BGB. in erster Linie auf Naturalherstellung, d. h. auf die Herstellung der wirtschaftlichen Lage, die ohne Verletzung jetzt bestände, in zweiter Linie auf Geldentschädigung.[143]) Er

---

[140]) RG. 30, S. 44.
[141]) Allfeld, S. 599; Kent, Nr. 59, 3; Seligsohn, S. 228. Rosenthal, S. 92, lehnt die Haftung für Beauftragte ab, sofern nur Haftung für grobe Fahrlässigkeit angeordnet ist.
[142]) RG. JW. 99, S. 545.
[143]) RG. 77, S. 101.

geht stets auf volle Entschädigung alles dessen, was der Berechtigte gehabt haben würde, wenn die Verleitung nicht begangen wäre, d. h. auf Ersatz des gesamten durch die Verletzung verursachten tatsächlichen Schadens, sowie auf Ersatz des dem Berechtigten entgangenen Gewinnes, des Vorteiles, „den der Berechtigte gezogen haben würde, wenn nicht ein anderer sein Recht ausgebeutet haben würde."[144])

Der zu ersetzende Schaden muss die wirkliche Folge der Rechtsverletzung sein. Nach freiem Ermessen hat das Gericht das Vorbringen des Klägers zu würdigen, ob Kausalzusammenhang zwischen der Verletzung und dem entstandenen Schaden besteht. Trifft dies zu, so wird die Schadensersatzverpflichtung nicht dadurch beseitigt, dass der Schaden möglicherweise auch ohne diese Rechtsverletzung infolge sonstiger Umstände eingetreten wäre.[145]) Mangelnde Kausalität wird häufig dann zur Abweisung des Ersatzanspruches führen, wenn der Beklagte zwar widerrechtlich die Ware mit dem fremden Zeichen versehen hat, das Jnverkehrbringen und Veräussern aber, das den Schaden herbeiführt, nicht nachweisbar ist.

Der zu ersetzende direkte Schaden kann bestehen in den vom Berechtigten für Anschaffung und Produktion der nicht abgesetzten Waren aufgewandten Kosten. Auch die Lagerkosten für die nicht abgesetzten Waren fallen hierunter. Als Schaden gilt ferner der durch die Konkurrenz mit den vielfach schlechteren Waren hervorgerufene Nachteil, die Entwertung und Herabsetzung der echten Ware mit dem echten Zeichen im Verkehrsleben zu vielleicht völliger Bedeutungslosigkeit. Zu berücksichtigen ist auch die nach begangener Störung fortschreitende, in Zukunft zu erwartende Minderung des Verkehrswertes des Zeichens. Dagegen ist der durch zukünftige Störungshandlungen eintretende Schaden nicht ersatzfähig. Als zu ersetzender gegenwärtiger Vermögensschaden gilt auch die Beeinträchtigung der Erwerbsaussicht, ins-

---

[144]) Allfeld, S. 596.
[145]) RG. 25, S. 77; 28, S. 167.

besondere die durch Zeichenverletzung hervorgerufene Störung und Schmälerung der Absatzgebiete und des Kundschaftskreises,[146]) da es dem Berechtigten vielleicht überhaupt nicht oder doch nur mit grossem Aufwande möglich ist, den Umfang des früheren Absatzgebietes und der früher abgesetzten Warenmengen zu behaupten. „Schon in der blossen Beeinträchtigung der auf Kundschaftsgewinnung und Erhaltung gerichteten Tätigkeit ist eine Vermögensbeschädigung zu finden."[147]) Somit ist die Störung der „eine Gewinnerzielung versprechenden günstigen Geschäftslage, der natürlichen Beziehungen, auf denen die Erhaltung und Nutzbarmachung des Gewerbevermögens beruht,"[148]) als Vermögensbeschädigung anzusehen.

Erstattungspflichtig sind auch die notwendigen Aufwendungen des Berechtigten, die Kosten der Entgegenwirkung der Störung, z. B. die für die bei täuschender Reklame vom Kläger ergriffenen Gegenmassregeln, die Kosten der Ermittlung und Begutachtung der Verletzung, der entsprechenden Warnungen des Publikums durch Zeitungsinserate usw.; ferner die Kosten eines zweckdienlich vorher angestrengten Feststellungsprozesses.[149])

Der ersatzpflichtige entgangene Gewinn, lucrum cessans, umfasst nach § 252 BGB. den Gewinn, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte, während völlig ungewisse, entfernt liegende Möglichkeiten ausser Betracht bleiben. Wenn der entgangene Gewinn auch nicht unbedingt mit dem vom Störer erlangten Vorteil übereinstimmt, so

---

[146]) RG. 48, S. 124; 68, S. 165; RG. JW. 1902, S. 283; 1911, S. 111; RG. in MuW. 9, S. 88.
[147]) RG. 75, S. 63.
[148]) Rosenthal, S. 90.
[149]) RG. 91, S. 292; Rosenthal, S. 91; Kent, Nr. 576; Seligsohn, S. 229.

kann doch bei der Feststellung des Entschädigungsanspruches in der Regel, wenn nicht besondere, vom Störer näher darzulegende Umstände vorliegen, der tatsächlich gezogene Gewinn zum Ausgangspunkt der Berechnung gemacht werden. Der Schadensersatzanspruch ist aber nicht mit dem Anspruch auf Herausgabe des Erlangten gleichzustellen. Wenngleich sich für das Patentrecht[150]) der Anspruch auf Herausgabe des Erlangten auf Grund der sog. unechten Geschäftsführung nach den §§ 687, Abs. 2, 681, 666 BGB. begründen lässt, so kann doch dieser Anspruch nicht auf das Zeichenrecht ausgedehnt werden, denn der Verletzer betreibt hier ein objektiv eigenes Geschäft, das unter widerrechtlichem Eingriff in fremdes ausschliessliches Recht vorgenommen wird,[151]) während sich für das Patentrecht die Ansicht vertreten lässt, der Benutzer eines fremden Patents führe ein fremdes Geschäft, besorge für einen Dritten die Ausnutzung eines Patents und sei deshalb verpflichtet, das Erlangte herauszugeben. Mit Recht lehnt daher die Praxis[152]) die Uebertragung dieses Grundsatzes auf das Zeichenrecht ab, weil die widerrechtliche Benutzung eines Zeichens durch einen Unberechtigten beim Vertrieb eigener, nicht fremder Waren, nicht als Führung eines Geschäfts des Zeicheninhabers anzusehen ist. Der von Rosenthal[153]) vertretenen Ansicht, der Wortlaut des § 687 BGB. zwinge nicht zu dieser einschränkenden Auslegung, auf Grund des § 687 Abs. 2 BGB. könne sehr wohl eine Verurteilung zur Herausgabe des durch täuschende Zeichenbenutzung, überhaupt durch unlauteren Wettbewerb Erlangten, stattfinden, ist nicht beizustimmen. Ebensowenig ist die vom Schweizer Bundesgericht[154]) gebrachte Argumentation durch-

---

[150]) RG. 46, S. 14; 70, S. 253.
[151]) RG. 58, S. 323.
[152]) KG. Gew. RSch. 7, S. 170; RG. 47, S. 100; JW. 1904, S. 501. Zustimmend Allfeld, S. 596, Seligsohn, S. 229; Kent, Nr. 577.
[153]) a. a. O., S. 96/97.
[154]) MuW. 19, S. 18.

greifend: „Der Begriff des fremden Geschäfts darf nicht einschränkend ausgelegt werden. Ein solches ist vielmehr immer schon dann vorhanden, wenn der Handelnde Geschäfte auf eigene Rechnung und im eigenen Jnteresse abgeschlossen hat, die er ohne Verletzung der Rechte eines anderen nicht hätte ausführen können, wenn er also durch den Abschluss in fremde Rechte und damit in fremdes Vermögen eingegriffen hat. Dass das Geschäft nach allen Richtungen sich als ein fremdes darstellt, ist nicht nötig." Wenngleich ein ausserordentlich lebhaftes Bedürfnis nach ausreichendem vollkommenen Schutz des Berechtigten nicht zu verkennen ist, so erscheint es doch nicht angebracht, diesen Schutz durch falsche Auslegung des § 687, Abs. 2 BGB. zu erreichen. Auch ohne Anerkennung dieses Anspruches sind die klägerischen Jnteressen, wie wir sehen werden, hinreichend gesichert.

Jst auch der vom Verletzenden gezogene Gewinn als Ausgangspunkt für die Berechnung des zu ersetzenden Schadens zu wählen, so ist bei der endgültigen Feststellung der Schadenshöhe doch der Gewinn zugrundezulegen, den der Verletzte ohne den Eingriff gezogen hätte. Für die Höhe des entgangenen Gewinnes sind zahlreiche Umstände massgebend, z. B. die Produktionssteigerung und Vermehrung des Absatzes nach Aufhören der Störung. Stösst die Feststellung des dem Kläger entgangenen Gewinnes auf grosse Schwierigkeiten, so kann dann auf die dem Störer zugeflossenen Vorteile zurückgegriffen werden. Von diesen dürfte dann das abzuziehen sein, was der Täter selbst durch einen, wenn auch beschränkten Absatz verdient hätte. Andererseits ist es denkbar, dass der vom Täter gezogene Gewinn wegen der Mangelhaftigkeit der mit dem fremden Zeichen versehenen Ware erheblich geringer ausgefallen ist, als der vom Verletzten erreichte Gewinn, wenn die Konkurrenz fortgefallen wäre. Sodann würde eine Erhöhung des vom Verletzer gezogenen Gewinnes vorzunehmen sein.

Da die genaue Angabe der Höhe des Schadensersatzanspruches meist undurchführbar ist, ist eine genaue Substan-

tiierung der Schadenshöhe durch den Verletzten nicht erforderlich. Nach freier Ueberzeugung nimmt deshalb das Gericht nach § 287 ZPO. die Feststellung der Schadenshöhe vor. Es gilt auch hier der Grundsatz des prima facie-Beweises. „Aus allgemeinen Erfahrungstatsachen ergibt sich eine der Wahrscheinlichkeit entsprechende Vermutung"[155], dass der Umsatz des Klägers infolge der Handlungen des Beklagten irgendwie gelitten hat. Diese Vermutung muss derjenige, gegen den sie spricht, im Wege des Gegenbeweises entkräften.[156])

Die Höhe des durch widerrechtliche Zeichenbenutzung entstandenen Schadens entzieht sich zwar durchweg der Substantiierung, doch muss das Gericht „ohne Rücksicht darauf, ob der Kläger Beweise für den behaupteten Schaden beigebracht hat, sich der Prüfung der Frage nach dem Vorhandensein des Schadens unterziehen. Gelangt es bei der Prüfung der Umstände auch nur im allgemeinen zu der Ueberzeugung, dass ein Schaden entstanden sei, so darf es nicht wegen mangelnder Substantiierung des geforderten Betrages den ganzen Anspruch abweisen, sondern muss die Höhe des Schadens nach freiem Ermessen festsetzen oder von der Befugnis, den Schaden eidlich schätzen zu lassen, Gebrauch machen."[157])

Die Ausübung des richterlichen Fragerechts nach § 139 ZPO., dessen Nichtausübung sich als Rechtsverletzung darstellt, sowie die eingehende Erörterung des Prozessstoffes mit den Parteien wird in vielen Fällen dem Richter die notwendigen Anhaltspunkte zur Schätzung der Schadenshöhe verschaffen.

Eine Rechtspflicht des Verletzers zur Rechnungslegung über den gezogenen Gewinn bei der Feststellung der Entschädigung, die eine Substantiierung des Schadens erheblich erleichtern würde, ist aus § 14 nicht herzuleiten. Sie findet auch

---

[155]) Rosenthal, S. 93.
[156]) RG. 95, S. 104; und 249; RG. in LZ. 1918, S. 840.
[157]) RG. JW. 1904, S. 156. RG. in MuW. 18, S. 16.

wie der Anspruch auf Herausgabe des Erlangten in § 687 Abs. 2 BGB. keine rechtliche Begründung. Zwar stellt auch das Reichsgericht den Grundsatz auf: „Rechenschaftspflichtig ist, wer fremde Angelegenheiten und solche besorgt, die zugleich eigene und fremde sind."[158]) Doch die Anwendung dieses Grundsatzes ist bei der Zeichenverletzung unmöglich, da die widerrechtliche Zeichenbenutzung nicht die Besorgung eines fremden, sondern eines eigenen Geschäfts darstellt. Das Reichsgericht wendet sich auch in mehreren Entscheidungen gegen die allgemeine Pflicht der Rechnungslegung, insbesondere bei der durch eine Zeichenrechtsverletzung hervorgerufenen Beeinträchtigung der Gewinnaussichten, der Vermögenslage. Jm Gegensatz zur Patentverletzung liege bei der Warenzeichenverletzung eine unmittelbare auf Restitution der widerrechtlich gezogenen Vorteile gehende Verpflichtung nicht vor. Aus den Grundsätzen der sog. unechten Geschäftsführung könne, wie bei rechtswidriger Verwertung von Patentrechten eine Pflicht zur Rechenschaftslegung dem Verletzer nicht erwachsen. Allerdings müsse anerkannt werden, dass in den Fällen täuschender Warenbezeichnung für den Kläger die Begründung und für das Gericht die Festsetzung eines bestimmten Schadens schwierig sei, wenn der Beklagte die Auskunft verweigere. Uebrigens erscheine aber ein weitgehendes Ermessen des Gerichts bei schuldhaftem Verhalten des Verletzenden statthaft. Hierdurch werde aber auch der Verletzer veranlasst, einer etwa zu hohen Festsetzung der Entschädigung durch freiwillige Darlegungen vorzubeugen.

Die vorgebrachten Gründe erscheinen stichhaltig und lassen in Zeichenprozessen kein Bedürfnis für den Anspruch auf Rechnungslegung erkennen. Jm Jnteresse der Gewähr-

---

[158]) Bd. 73, S. 288.

[159]) RG. 58, S. 321/24; 108, S. 5; a. A. auch hier Rosenthal, S. 98—100, der die Rechenschaftspflicht ausser auf § 687 Abs. 2 BGB. auch auf § 249, endlich auch auf den Grundsatz von Treu und Glauben gründet Auch Gerdes in Gew. RSch. 24, S. 96.

leistung einer ausreichenden Sicherstellung des klägerischen Entschädigungsanspruchs ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Gerichte, besonders die unteren Gerichte, von dem in § 287 ZPO. eingeräumten Ermessen stärker und ausgiebiger als bisher Gebrauch machen und nicht wegen unzulänglicher Substantiierung zu einer bedeutenden Herabsetzung, vielleicht sogar zur Abweisung des Entschädigungsanspruchs gelangen.

Der mit der Ablehnung der Pflicht zur Rechnungslegung aufgestellte Grundsatz erleidet durch den in neuerer Rechtsprechung des Reichsgerichts[160]) anerkannten Anspruch auf Auskunft über den Umfang der Eingriffshandlungen, der dadurch gerechtfertigt wird, dass sonst das klägerische Recht nicht in hinreichendem Masse gewährleistet werde, eine gewisse Ausnahme und Abschwächung. In richtiger Einschätzung eines gewichtigen Verkehrsbedürfnisses stellt die Aufstellung der Pflicht zur Auskunftserteilung einen weiteren bedeutsamen Schritt auf dem Wege einer grosszügigen Anerkennung der Ansprüche des Verletzten dar.

Nach § 19 steht dem Entschädigungsberechtigten der Nebenanspruch auf Beseitigung der mit einer widerrechtlichen Kennzeichnung versehenen, im Besitze des Verurteilten befindlichen Gegenstände zu. Es ist auf Vernichtung dieser Gegenstände zu erkennen, sofern die Beseitigung in anderer Weise nicht möglich ist.

Ueber die Verjährung der Entschädigungs- und Beseitigungsansprüche ist im WZG. nichts gesagt. Wegen des Mangels einer besonderen Vorschrift bestimmt sich die Verjährung nach allgemeinen Vorschriften. Nach § 852 BGB. verjähren die Ansprüche in der Regel nach drei Jahren von Kenntnis des Schadens und des Täters ab, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in 30 Jahren von der Begehung der Handlung ab. Der Ablauf der dreijährigen Frist beginnt bei der fortgesetzten einheitlichen Verletzungshandlung erst mit der Kenntnis der

---

[160]) RG. 90, S. 137; 108, 1 ff.; Rosenthal in Gew. RSch. 20, S. 33.

letzten Einzelhandlung.[161]) Dies findet seine Berechtigung darin, dass es dem Verletzten gestattet sein muss, den einheitlichen Ersatzanspruch besonders auch mit Rücksicht auf die Feststellung der Schadenshöhe nach Abschluss der ganzen Störungsaktion zu stellen. Wie schon oben bemerkt, ist hierbei die durch weitere Störungen fortschreitende Entwertung des Zeichenrechts in Betracht zu ziehen; die genauere Angabe des erlittenen Schadens wird für den Verletzten jedoch erst nach Abschluss der sich in Teilhandlungen abwickelnden gesamten Rechtsverletzung möglich sein. Die Verjährung des Entschädigungsanspruches nach dem Warenzeichenrecht wird nicht dadurch beeinflusst, dass zugleich eine unlautere Wettbewerbshandlung vorliegt, wofür nach § 21 UWG. eine sechsmonatige Verjährung angesetzt ist.[162])

Gegen den auf Vorsatz gestützten Entschädigungsanspruch ist die Aufrechnung nach § 393 BGB. unzulässig.

f) Die Beweislast.

Die dem Kläger im Prozesse obliegende Beweislast für die klagebegründenden Tatsachen der Entschädigungsklage umfasst regelmässig den Nachweis, dass der Beklagte durch eine wissentliche oder grob fahrlässig begangene Verletzung des Zeichenrechts einen Schaden von ungefähr bestimmter Höhe zugefügt hat.

Der Nachweis der objektiven Rechtsverletzung ist vom Kläger dahin zu führen, dass er in Betreff der von ihm produzierten oder vertriebenen Waren den Zeichenschutz geniesse, und dass der Beklagte sein Zeichen auf gleichartigen Waren angebracht und diese in Verkehr gesetzt habe. Beides dürfte ohne besondere Schwierigkeiten möglich sein. Zum Beweise des ersteren legt er einen Auszug aus der Zeichenrolle, des

---

[161]) Zustimmend Seligsohn, S. 233; Fuld in Gew. RSch. 05, S. 213; Finger in MuW. 17, S. 10; A. A. RG. 74, S. 434; 80, S. 438.

[162]) RG. MuW. 14, S. 227.

zweiten eine Nachahmung vor. Die Uebereinstimmung zwischen Nachahmung und eingetragenem Zeichen wird sich durch Augenschein ergeben. In undurchsichtigen Fällen sind hierüber Sachverständige oder das Patentamt zu hören. Sofern sich der Beklagte dagegen aus irgend einem Grunde zur Führung des Zeichens berechtigt glaubt, wird nunmehr der Beklagte hierfür beweispflichtig.

Das Verschulden des Beklagten, die Wissentlichkeit und grobe Fahrlässigkeit bei der Nachahmung des Zeichens, wird selten in eindeutiger, zwingender Weise zu erweisen sein. Meist wird sich nur aus der eingehenden Darstellung des Verletzungstatbestandes und sonstiger Tatsachen ein Anhalt für die Annahme von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit ergeben. Auf Grund freier Beweiswürdigung muss das Gericht dann die Ueberzeugung gewinnen, dass dem Beklagten Verschulden vorzuwerfen ist. Grosse Erleichterung des Beweises verschafft sich der Kläger dadurch, dass er sein Zeichen mit einem Zusatze versieht, der den Schutz erkennen lässt (z. B. Schutzmarke, trade mark, registered, déposé).

Ob aus der Tatsache, dass der Beklagte nach Erlass des Urteils auf Unterlassung unbekümmert seine Störungshandlungen fortsetzt, gefolgert werden kann, dass den Beklagten nunmehr Verschulden trifft und der Kläger des Nachweises des Verschuldens nunmehr ledig ist, ist streitig. Es ist der zwar für das Patentrecht entwickelten, aber auf das Zeichenrecht übertragbaren Ansicht des Reichsgerichts[163]) zu folgen, dass durch Klageerhebung und Urteilserlass das Verschuldensmoment beim Verletzenden zwar erzeugt werden kann, aber nicht unbedingt damit verbunden ist. Das Gesetz hat keine durch Erhebung der vorhergehenden Unterlassungsklage begründete Vermutung oder Fiktion des Dolus oder der lata culpa aufgestellt.[164]) Wenn das Gericht ein Ver-

[163]) RG. 21, S. 68; 62, S. 320; JW. 89, S. 72; 1906, S. 70. A. A. Bolze in Gruchots Beiträgen 33, S. 9 und in Ziv. A. 92, S. 319. Kohler, S. 560.

[164]) Seligsohn, S. 232.

schulden auch regelmässig für die sich nach der Klageerhebung ereignenden Verletzungen eher annehmen kann, als für die früheren, so kann der Kläger doch nicht vollends von der Beweispflicht freigestellt werden, denn es ist sehr wohl denkbar, dass der Beklagte die Störungen auf Grund seines, allerdings durch besondere Umstände zu beweisenden guten Glaubens an sein Recht, fortgesetzt hat.

Für die Behauptung, dass Verschulden wegen Jrrtums ausgeschlossen ist, trägt der Beklagte dann die Beweislast, wenn die vorgebrachten Tatsachen nach freiem Ermessen des Gerichts allein schon den Schluss auf die mala fides des Beklagten gestatten.[165]) Eine bestimmte Regelung der Beweislast ist nicht zu treffen, insbesondere kann dem Kläger hierüber nicht in jedem Falle, wie es das Reichsgericht will,[166]) die Beweislast auferlegt werden. Beweispflichtig dürfte der Kläger nur dann regelmässig sein, wenn der böse Gläube, insbesondere die Täuschungsabsicht des Beklagten nicht ohne weiteres zu erkennen ist. Der Beweis, dass Jrrtum ausgeschlossen ist, ist dem Kläger nicht mit dem Nachweis erlassen, dass der Beklagte von der Benutzung des Zeichens durch den Kläger Kenntnis gehabt habe.

Bezüglich der Höhe des Schadens und des Kausalzusammenhanges zwischen der Rechtsverletzung und dem eingetretenen Schaden hat der Kläger die erforderlichen Tatsachen zu behaupten. Ein genauer Nachweis und Angabe einer bestimmten Summe obliegt dem Kläger nicht, da sich dies der Feststellung des Klägers regelmässig entziehen wird. Umsomehr ist gerade auf dem Gebiete des Zeichenrechts der freiesten richterlichen Beweiswürdigung ein dankbares, zugleich aber ausserordentlich verantwortliches Tätigkeitsgebiet eröffnet. Zur Unterstützung des Beweises dient der dem Kläger in beschränktem Masse eingeräumte Anspruch auf Auskunfterteilung gegen den Beklagten. Verweigert der Beklagte ir-

---

[165]) Allfeld, S. 593; Seligsohn, S. 233.
[166]) RG. 14, S. 75. Vgl. auch Kent, Nr. 611.

gendwelche Auskunft oder sucht er sich z. B. der vom Gericht nach § 45 HGB. angeordneten Vorlegung seiner Handelsbücher, was nicht der Rechnungslegung gleichzustellen ist, zu entziehen, so wird das Gericht hieraus die entsprechenden Folgerungen ziehen können. Sofern bezüglich der Existenz und der Höhe des Schadens Schwierigkeiten und Zweifelsfragen auftauchen, „muss der Richter sich gewärtig halten, dass diese Unsicherheit die Folge einer schuldhaften Handlungsweise des Verletzers ist und deshalb die zweifelhaften Punkte eher zu dessen Nachteil, als auf Kosten des gekränkten Berechtigten zu entscheiden. Er darf nicht vom Kläger die Begründung des Schadens auf Heller und Pfennig verlangen, sondern muss unter Berücksichtigung der Schwere des Verschuldens eine Summe festsetzen, von welcher er nach seiner Lebenserfahrung annehmen kann, dass sie geeignet ist, dem Verletzten eine vollständige Genugtuung zu bieten. Er darf nur in dem Falle den Schadensersatzanspruch abweisen, wenn ihn die Prüfung der Sachlage zu dem Ergebnis geführt hat, dass der Kläger keinen Schaden erlitten hat."[167] Der Richter muss das Bestreben zeigen, den Jnteressen des Verletzten in weitgehendstem Masse entgegenzukommen.

Jm übrigen vgl. zu der Frage der Beweislast auch die Ausführungen über die subjektiven Voraussetzungen und über den Entschädigungsanspruch, oben V b und e.

g) Die sachliche und örtliche Zuständigkeit.

Die sachliche Zuständigkeit der Entschädigungsklage richtet sich nach dem Werte des Streitgegenstandes. Bei Ansprüchen über 500 Reichsmark sind die Landgerichte und zwar nach § 95, Ziff. 4 c des GVG. die Kammern für Handelssachen zuständig. Als Gerichtsstand wird regelmässig der allgemeine Gerichtsstand in Frage kommen. Weiter haben die Gerichtsstände der Niederlassung § 21 ZPO., des Ver-

---

[167]) Seligsohn, S. 233; ferner RG. JW. 04, S. 156.

mögens § 23 ZPO. und der unerlaubten Handlung § 32 ZPO. Bedeutung. Der Gerichtsstand des Vermögens gibt allein die Möglichkeit, gegen den Verletzer vorzugehen, der die Zeichenverletzung im Auslande begangen, jedoch im Jnland weder einen Wohnsitz noch eine Niederlassung hat. Bei Waren, die aus dem Auslande eingeführt werden, um im Jnlande in den Verkehr gebracht zu werden, ist namentlich der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung von Erheblichkeit. Als Begehungsort ist jeder Ort anzusehen, an dem ein wesentlicher Teil des Tatbestandes, aus welchem der Schaden erwachsen ist, verwirklicht wurde. Bei mehreren Begehungsorten kann dann bei dem Gerichte des einen Verletzungsortes der gesamte an verschiedenen Verletzungsorten angerichtete Schaden eingeklagt werden.[168])

VI. Die Strafverfolgung des Störers.

Wenn schon der Entschädigungsanspruch dem Zeichenberechtigten die Schadlosstellung in wirksamer Weise gewährleistet ,so ist die strafrechtliche Verfolgung nach § 14, Abs. 2 in hervorragendem Masse geeignet, dem Rechtsschutzinteresse des Zeicheninhabers an der unbeeinträchtigten Ausübung seines Rechts zu dienen. Eine empfindliche Bestrafung neben der vollen Schadensersatzleistung wird den Verletzenden um so eher von der Vornahme weiterer zukünftiger Eingriffe in das fremde Recht abstehen lassen. Auch im Jnteresse des gesamten Kaufmanns- und Gewerbestandes und des Staates liegt die Strafverfolgung des Störers. Sie wirkt fördernd darauf, dass der Konkurrenzkampf nur mit legalen Mitteln durchgeführt wird.

Die Strafverfolgung richtet sich ausser den im Zeichengesetz enthaltenen Vorschriften nach den allgemeinen Grund-

---

[168]) RG. 13, S. 424; 72, S. 41.

sätzen des Strafrechts, insbesondere gelten die allgemeinen Bestimmungen des Reichsstrafgesetzbuches. Daraus folgt, dass nicht nur der Täter, sondern auch die Teilnehmer bestraft werden, dass die Vorschriften über das Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen Anwendung finden.

a) Der Tatbestand des Delikts.

Der Tatbestand des Vergehens weist keine Aenderung von dem der Entschädigungsklage auf. Eine Einschränkung liegt allerdings darin, dass die Zeichenrechtsverletzung wissentlich, nicht nur grob fahrlässig begangen sein muss. Andererseits enthält er die Erweiterung, dass die Verletzung auch dann strafbar ist, wenn kein Schaden durch die Verletzung entstanden ist. Täuschungsabsicht ist hier ebensowenig erforderlich, wie bei der Entschädigungsklage.[170]) So ist auch strafbar, wer Waren gutgläubig mit einem Zeichen versieht und sie nachher böswillig in den Verkehr bringt. Jm übrigen kann auf die Ausführungen oben V a und b verwiesen werden.

Die in § 14 aufgeführten verschiedenen Arten der Verletzung des Zeichenrechts durch Versehen, Verkehrbringen und Feilhalten sind, sofern sie aufeinander folgend mit gleicher Absicht verwirklicht werden, nicht als besondere Straftaten, sondern als einheitliches Delikt zu beurteilen. Denn das Versehen der Ware mit der widerrechtlichen Kennzeichnung ist nur dann strafbar, wenn schon im Augenblick des Versehens die Absicht des Jnverkehrsetzens bestand. Somit bedeutet das Jnverkehrsetzen nur die Fortführung der mit dem Versehen begonnenen Straftat, nur die Verwirklichung der schon beim Versehen gehegten Absicht. Es liegt eine einzige Handlung im strafrechtlichen Sinne, nicht mehrere selbständige Straftaten vor.[171]) Daraus erhellt auch, dass die Mitwirkung beim Jnverkehrsetzen nicht als Begünstigung, sondern als Teilnahme an der ganzen Tat anzusehen ist, da das Delikt erst mit dem Jnverkehrsetzen zum Abschluss gelangt.

---

[170]) RGStr. 29, S. 312; 34, S. 229; 42, S. 137.
[171]) Allfeld, S. 603; Seligsohn, S. 236.

Dass die Verwirklichung der verschiedenen in § 14 gesetzten Tatbestandsmerkmale auch selbständige Straftaten bilden kann, ist besonders darauf zurückzuführen, dass die Strafbarkeit auch ohne Entstehung eines Schadens gegeben ist. Eine gewisse Realkonkurrenz zwischen dem Versehen und dem folgenden Jnverkehrsetzen, Feilhalten liegt vor, wenn nach der widerrechtlichen Bezeichnung die Absicht des Jnverkehrsetzens aufgegeben, später aber auf Grund eines neuen Entschlusses doch die Ware in Verkehr gebracht wird oder das Jnverkehrsetzen in einer von der bei der Bezeichnung geplanten Art und Weise abweichenden Form geschieht, wenn z. B. der Fabrikant die widerrechtlich bezeichnete Ware ursprünglich nur an Grosshändler, später aber auch an Kleinhändler abgibt.[172])

b) Vollendung und Versuch.

Der erste Teil des Tatbestandes, das Versehen mit dem Zeichen ist, sofern es sich um Waren, Preislisten, Ankündigungen usw. handelt, im Augenblick der mit der Absicht des späteren Jnverkehrsetzens erfolgten Bezeichnung vollendet. Wird eine Verpackung, Umhüllung mit dem fremden Zeichen versehen, so muss zu der geplanten Absicht noch hinzukommen, dass die Verpackung mit der Ware in bestimmungsgemässe Verbindung gebracht ist, also als Verpackung oder Umhüllung Verwendung gefunden hat.[173]) Dies führt zu Folgendem: die Anfertigung des Verpackungsmaterials, der Hülsen, Etiketten usw. mit dem fremden Zeichen stellt an sich keine strafbare Handlung dar, weil es mit der Ware noch nicht verbunden ist. Doch kann darin strafbare Beihilfe liegen, vergl. unten e). Straffällig ist dagegen, wer wissentlich Preislisten usw. mit dem fremden Zeichen anfertigt. Dies erklärt sich daraus, dass Geschäftspapiere für sich allein, ohne weitere Verbindung mit der Ware ihren bestimmungsgemässen Zweck erfüllen.[174])

---

[172]) RG. DJZ. 1902, S. 322.
[173]) RGStr. 13, S. 388; 37, S. 327; 43, S. 87.
[174]) Stenglein, § 14, Nr. 17; Seligsohn, S. 237.

Das Jnverkehrbringen der widerrechtlich gezeichneten Ware ist in dem Augenblick vollendet, wo die Ware dem Markte zugänglich gemacht wird. Vgl. dazu II b oben. Die Bestellung widerrechtlich gezeichneter Ware ist nur Vorbereitungs- evtl. Versuchshandlung; sie ist wie alle Handlungen, die vor der Vollendung liegen, nach § 43, Abs. 2 StGB. straflos, auch nicht entschädigungspflichtig.

Das widerrechtliche Jnverkehrsetzen der Ankündigungen, Preislisten usw. ist strafbar, wenngleich § 14 scheinbar nur das Jnverkehrsetzen der Ware verbietet.[175]) Dies ist umso mehr gerechtfertigt, als durch das Jnverkehrsetzen in viel stärkerem Masse als durch das blosse Anfertigen die Interessen des Berechtigten gefährdet und verletzt werden.

c) Das fortgesetzte Vergehen.

Jn den seltensten Fällen ist die Störungsaktion mit der einmaligen Rechtsverletzung abgeschlossen. Sie wickelt sich vielmehr im Geschäftsbetrieb in zahlreichen Teilhandlungen ab, die alle den Tatbestand des § 14 verwirklichen. Denn nur die wiederholte dauernde Anmassung des fremden Rechts wird dem Kaufmann, dem Gewerbetreibenden, den erhofften, ungerechtfertigten Gewinn verschaffen. Alle diese Teilhandlungen sind unter dem Gesichtspunkte des fortgesetzten Vergehens nicht als selbständige real konkurrierende Vergehen zu beurteilen. Unter einem fortgesetzten Vergehen ist eine Reihe von Störungshandlungen zu verstehen, die unter einem einheitlichen Vorsatz in gewissem zeitlichen Zusammenhang sich gegen das gleiche Rechtsgut, das Zeichenrecht richten, sofern auch aus der Art der Begehung ein gewisser Zusammenhang erkennbar ist.[176]) Wichtigste Voraussetzung ist die Einheitlichkeit des Vorsatzes, der sich immer aus den Umständen entnehmen lässt. Die Herstellung einer grossen Menge von

---

[175]) RGStr. 43, S. 177; 37, S. 258.
[176]) Stenglein, § 14, Nr. 19. Seligsohn, S. 238.

Nachahmungen, die auf Waren, Verpackungen und Preislisten usw. angebracht sind, der längere Zeit währende Verkauf an verschiedene Personen, ferner die Bereitstellung von Mitteln zur Vereinfachung der Nachahmung lassen auf die Einheitlichkeit schliessen. Aus dem Erfordernis der Verletzung des gleichen Rechtsgutes folgt, dass die Einheitlichkeit des Vorsatzes dann ausgeschlossen ist, wenn Zeichenrechte verschiedener Personen verletzt sind. Der entgegengesetzten Ansicht des Reichsgerichts,[177] dem sich Stenglein[178] und Seligsohn[179] anschliessen, verweigert Allfeld[180] mit Recht die Gefolgschaft, „da das geschützte Rechtsgut, das Zeichenrecht mit der Person des Berechtigten untrennbar verbunden ist und die Identität des Rechtsgutes mit der Identität des Verletzten zusammenfällt." Es liegt notwendig ein doppelter, wenn auch aus gleichem Beweggrunde stammender Vorsatz vor. Die sich gegen verschiedene Verletzte richtenden Handlungen sind als selbständige Straftaten zu ahnden.

Der zeitliche Zusammenhang ist nicht gewahrt, wenn die widerrechtliche Benutzung des fremden Zeichens eingestellt und sodann nach längerer Zeit wieder aufgenommen wird.

Die abweichende Beurteilung des fortgesetzten Vergehens vom einfachen äussert sich in Folgendem:

1) Es wird nur eine einzige Strafe verhängt, bei deren Zumessung der fortgesetzte Charakter und die Schwere der Schädigung berücksichtigt wird.

2) Die Hauptverhandlung über ein fortgesetztes Vergehen kann, ohne dass es eines Hinweises auf veränderte rechtliche Beurteilung bedarf, auf solche Einzelfälle ausgedehnt werden, die bisher kein Gegenstand der Erörterungen waren oder vom Eröffnungsbeschluss nicht umfasst sind. Der Hinweis auf veränderte rechtliche Beurteilung ist nur dann erforderlich, sofern

---

177) RGStr. 43, S. 134.
178) a. a. O., § 14, Nr. 19.
179) a. a. O., S. 238.
180) a. a. O., S. 604.

die später aufgetauchten Einzelfälle als selbständige Vergehen verurteilt werden sollen.[181])

3) Nach rechtskräftiger Verurteilung wegen eines fortgesetzten Delikts kann wegen der später bekanntgewordenen, vor Erlass des Urteils begangenen Einzelvergehen keine Anklage mehr erhoben werden. Alle Einzelhandlungen sind als Folge des Grundsatzes ne bis in idem abgeurteilt, es sei denn, dass sie nicht auf demselben strafrechtlichen Vorsatze beruhten. Andererseits aber kann der Verletzer auch noch wegen der vor einem früheren Urteil begangenen einzelnen Handlungen verurteilt werden, wenn im ersten Urteil eine oder mehrere selbständige Handlungen zur Aburteilung gelangten. Der Angeklagte kann sich nun nicht darauf berufen, dass schon früher in Wirklichkeit ein fortgesetztes Delikt bestanden habe und die jetzt zur Anklage stehenden Klagen nur Bestandteile des früheren fortgesetzten Delikts seien.

4) Die strafrechtliche Verjährungsfrist von 5 Jahren beginnt erst mit der letzten Einzelhandlung.

d) Die Täterschaft.

Täter ist, wer die Bezeichnung und das Jnverkehrbringen der Ware, Verpackung, Ankündigung usw. vornimmt oder im geschäftlichen, kaufmännischen oder technischen Betriebe veranlasst. Auch wenn ein Angestellter zunächst selbständig für Rechnung seines Geschäftsherrn das Bezeichnen und Jnverkehrsetzen bewirkt, der Geschäftsherr die Verletzung aber nicht untersagt, ist dieser der Täter.[183]) Das Moment der eigenen Rechnung weist fast immer auf den Täter hin. Daraus folgt, dass der Gewerbetreibende, der Preislisten, Ankündigungen usw. mit fremden Zeichen wissentlich ohne Bestellung, also gewissermassen auf eigene Rechnung und Gefahr herstellt,

---

[181]) RGStr. 9, S. 426; 20, S. 226.
[183]) RGStr. 40, S. 329; RG. Gew. RSch. 12, S. 71.

als Täter anzusehen ist. Handelt er auf Bestellung, so ist er Gehilfe.[184])

Nur die Rechtsverletzung der physischen Person ist strafbar. Juristische Personen, z. B. die Aktiengesellschaften, sind strafrechtlich nicht verantwortlich. Dies schliesst aber nicht aus, dass Vorstand, leitender Angestellter, Prokurist usw. sich wegen wissentlicher Zeichenverletzung der strafrechtlichen Verfolgung aussetzen. Das Gleiche gilt für den geschäftsführenden Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft. Für diese Personen besteht ebensowenig wie für den Einzelkaufmann eine Rechtsvermutung dahin, dass sie von jeder Zeichenverletzung im eigenen Geschäftsbetrieb Kenntnis haben. Die Anklage vielmehr hat den Nachweis der Wissentlichkeit zu erbringen.

Die Zeichenverletzung in Mittäterschaft wird sich meist im Geschäftsbetrieb der juristischen Personen und Handelsgesellschaften ereignen. Sie verlangt, dass die Mittäter bewusst und gewollt zusammenwirken, dass jeder an der Verwirklichung des gesamten oder eines Teiltatbestandes Anteil hat, sofern ihm nur Wissentlichkeit bezüglich der vom anderen Teil vorgenommenen Handlungen nachgewiesen wird.[185])

Auch ohne dass jemand sich an der Ausführung der Verletzungshandlung beteiligt, kann er durch seine Urheberschaft als Alleintäter in mittelbarer Täterschaft schuldig sein, so dann, wenn er einen gutgläubigen nichtsahnenden Dritten die Tat in seinem Jnteresse ausführen lässt. Jn einem von Allfeld[186]) erwähnten Fall ist derjenige als mittelbarer Täter zu bestrafen, der den Abnehmern seine Ware zugleich das mit dem widerrechtlich nachgeahmten Zeichen versehene Verpackungsmaterial zusendet und sie bittet, bei der Weiterveräusserung das mitgesandte Verpackungsmaterial zu verwenden.

e) Die Teilnahme.

Wie wir oben gesehen haben, geht, wenn auch im Warenzeichengesetz darüber keine Bestimmung getroffen ist, der Teilnehmer nicht straffrei aus. So ist die Anstiftung des gleichfalls wissentlich Handelnden nach allgemeinen Grundsätzen (§ 48 StGB.) zu verfolgen. Anstifter ist z. B. der Gewerbe-

[184]) Seligsohn, S. 239; Allfeld, S. 066; RG. 33, S. 137.
[185]) RGStr. 53, S. 138; 57, S. 283.
[186]) a. a. O., S. 606. Vgl. auch PMZBl. 98, S. 237.

treibende, welcher bei Bestellung von Waren auch den Fabrikanten auffordert, diese Waren mit einem fremden Zeichen zu versehen oder Waren widerrechtlich mit fremden Zeichen versieht, diese an Kleinverkäufer versendet, die die Ware absetzen sollen.

Ausserordentlich zahlreich sind die Fälle der strafbaren Beihilfe (§ 49 StGB.). Gehilfen sind alle diejenigen Personen, die mit Wissen oder im Auftrage ihres Geschäftsherrn oder eines Dritten die Ware bezeichnen oder in den Verkehr bringen. Dies trifft namentlich zu für Arbeiter und Angestellte, die allerdings Täter sein würden, wenn sie die Verletzung ohne Wissen des Geschäftsherrn vornehmen würden.[187]) Auch die Gewerbetreibenden, die mit fremden Zeichen versehenes Verpackungsmaterial ohne Bestellung liefern, sind dann Gehilfen ,wenn die Ware später mit der Verpackung in bestimmungsgemässen Zusammenhang gebracht wird. Dass die Lieferung von Geschäftspapieren mit fremden Zeichen, die Bereitstellung der Mittel zur Nachahmung den Tatbestand der Beihilfe erfüllt, ist bereits oben unter d bemerkt.[188])

f) Die Verfolgung.

Während früher die Strafverfolgung des Verletzers auf zurücknehmbaren Antrag des Verletzten hin eingeleitet wurde, ist dieses Antragserfordernis nach dem Gesetz über den Beitritt des Reiches zum Madrider Abkommen vom 21. 3. 1925,[189]) das am 12. 6. 1925 in Kraft getreten ist,[190]) beseitigt. Damit steht dem Verletzten nach § 374 Abs. 1 Ziff. 8 StPO. nur noch der Weg der Privatklage offen, denn die öffentliche Klage wird nach § 376 StrPO. nur in Fällen eines öffentlichen Jnteresses erhoben, was in der weitaus überwiegenden Mehrzahl der Fälle verneint werden muss. Auch das Zeichenrecht gilt als gewerbliches Urheberrecht im Sinne des § 374 StrPO.

Dieser Neuerung dürfte der Verbesserungszweck, der doch zu jeder Gesetzesänderung bestimmend sein soll, in zweifacher Hinsicht abzusprechen sein.

---

[187]) RG. JW. 93, S. 337.
[188]) RGStr. PMZBl. 94/95, S. 160; RG. PMZBl. 99, S. 251; RG. 104, S. 376.
[189]) RGBl. 1925, II, S. 115.
[190]) RGBl. 1925, II, S. 287.

1) Da für Privatklagesachen das Amtsgericht, und zwar der Amtsrichter allein zuständig ist, und damit die Oberlandesgerichte, nicht das Reichsgericht, als Revisionsinstanz dienen, ist für die Folgezeit die bedenkliche Möglichkeit geschaffen, dass statt der bisherigen Einheitlichkeit in der obersten Rechtsprechung in allen Fragen des strafrechtlichen Zeichenrechts eine gewisse Unsicherheit und ein Nebeneinander der Ansichten in Erscheinung tritt.

2) Durch die Herabdrückung der wissentlichen Zeichenverletzung zu einem Privatklagedelikt ist der berechtigte Schutz des Zeicheninhabers keineswegs wirksamer gestaltet. Besonders die Gefahr, im Privatklageverfahren aus irgendwelchen Gründen ganz oder zum Teil in die Kosten verurteilt zu werden, wird manchen Zeicheninhaber von der Erhebung der an sich nicht ungerechtfertigten, aussichtsreichen Klage abstehen lassen. Die Strafbestimmung des § 14, Abs. 2 hat dadurch, dass der Staat bei der Erhebung seine Mitwirkung versagt, erheblich an Wert verloren.

Der Tatort der Zeichenverletzung ist für die Strafverfolgung insofern von Bedeutung, als nach § 3 StrGB. auch Ausländer für die im Jnlande begangenen Verletzungen verantwortlich sind. Soll ein Deutscher wegen der im Auslande begangenen Tat strafbar sein, so muss sie nach § 4 Nr. 3 StrGB. am Tatort zum mindesten unter ähnlichen Gesichtspunkten strafbar sein. Bemerkenswert ist, dass auch die im Ausland geleistete Beihilfe zu der im Jnland begangenen Tat und umgekehrt die Strafverfolgung nach sich zieht.[191])

Die Strafe für wissentliche Zeichenverletzung ist Freiheitsstrafe von einem Tag bis zu 6 Monaten Gefängnis. Die Geldstrafe bewegt sich nach der Verordnung über Vermögensstrafen vom 6. 2. 1927 im Rahmen von 3.— RMark bis zu höchstens 10 000 Reichsmark, bei Gewinnsucht bis zu 100 000 Reichsmark. Zu beachten ist, dass nach § 27 c, Abs. 2 und 3 StrGB. die Höchstgrenze überschritten werden darf, sofern nicht der erzielte Gewinn erreicht wird.

---

[191]) RG. Str. 25, S. 424; 48, S. 138. RG. Recht 1906, S. 454, Goltdammers Arch. 51, S. 45.

Neben dieser Strafe kann nach § 18 WZG. statt jeder aus dem Warenzeichenrecht entspringenden Entschädigung auf eine an den Geschädigten zu erlegende Busse erkannt werden, die die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruches ausschliesst.

Jn § 19, Abs. 2 ist auch eine Verurteilung zur Beseitigung bezw. Vernichtung der im Besitz des Verurteilten befindlichen ‚widerrechtlich gezeichneten Gegenstände vorgesehen. Mit dem Urteil ist nach § 19, Abs. 2 auch die Befugnis der Bekanntmachung der Verurteilung auf Kosten des Verurteilten auszusprechen.

Die Verjährung der Strafverfolgung tritt nach § 67 StrGB. mit dem Ablauf von 5 Jahren nach der Handlung, bei fortgesetztem Vergehen nach der letzten Einzelhandlung ein. Bemerkenswert ist, dass bei der Anfertigung und Verbreitung von Geschäftspapieren die kürzere sechsmonatige Verjährungsfrist des § 22 des Pressegesetzes keine Anwendung findet.[192])

Dass die Wiederholungen der Zeichenverletzungen, sofern nicht ein fortgesetztes Vergehen vorliegt, als selbständige Vergehen in Realkonkurrenz strafbar sind, ist bereits oben unter VI a erwähnt. Aber auch ein Zusammentreffen mit anderen Straftaten ist nicht ausgeschlossen. So ist Jdealkonkurrenz mit Betrug (§ 263 StrGB.) möglich, wenn durch Täuschung der Käufer dem Zeicheninhaber die Kundschaft ganz oder zum Teil entzogen wird.[193]) Dies ist besonders deshalb wichtig, weil nach § 73 StrGB. unter dem Gesichtspunkte des Betruges vielleicht eine strengere Bestrafung erfolgen kann. Dagegen liegt in dem Tatbestand der Zeichenverletzung keine Urkundenfälschung nach §§ 267 ff. StrGB., da das Zeichen regelmässig keine Gedankenäusserung enthält; es dient vielmehr nur als Unterscheidungsmerkmal. Dem Zeichen ist somit die Urkundeneigenschaft abzusprechen.[194])

---

[192]) RG. Str. 40, S. 270; 42, S. 87.

[193]) RG. Str. 6, S. 75. RG. 17, S. 282. Seligsohn, S. 236, Kent, Nr. 669.

[194]) Zustimmend Stenglein, § 14 Nr. 23; Seligsohn, S. 236. Ferner auch Allfeld, S. 608, jedoch mit abweichender Begründung. Er bejaht die Urkundeneigenschaft, verneint aber die Beweiserheblichkeit.

Literatur-Verzeichnis

Allfeld: Komm. zu den Ges. über das gew. Urheberrecht, München 1904.

Birkenbihl: Der unlautere Wettbewerb, erläutert durch die Rechtsprechung. 1902.

van Calker: Die Delikte gegén das Urheberrecht. Halle 1894.

Degen: Die Bedeutung des § 826 BGB. für den gew. Rechtsschutz in Gew. RSch. Bd. 14, S. 137 ff.

Eismann: Die Rechtsnatur des Warenzeichenrechts und die materiellen Voraussetzungen seiner Erwerbung, Fürth 1913.

Elkan: Jnhalt und Wesen des Warenzeichenrechts. Halle 1918.

Elster: Urheber und Erfinder-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht. Berlin 1928.

Eltzbacher: Die Unterlassungsklage 1906.

Finger: Das Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 4. Aufl. 1911; zit. UWG.

Finger: Das Reichsgesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen, 2. Aufl. 1906; zit. WZG.

Freund und Magnus: Das Reichsgesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen, 5. Aufl. 1909.

Fuld: Das Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Aufl. 1910.

Hagens: Das Warenzeichenrecht. 1927.

Hederich: Der Schutz der Warenausstattung, Charlottenburg 1912.

Jsay: Das Patentgesetz, 3. Aufl. 1920.

Jacobsohn: Die Unterlassungsklage, 1912.

Kent: Das Reichsgesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen. Berlin 1897.

Kohler: Das Warenzeichenrecht (2. Aufl. des Markenschutzes), Mannheim-Leipzig 1910.

Kohler: Handbuch des deutschen Patentrechts, 1900.

Kohler: Der unlautere Wettbewerb, 1914.

Landgraf: Das Reichsgesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen, Stuttgart 1894.

Lastig: Markenrecht und Zeichenregister. Halle 1889.

Lehmann: Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Aufl. 1912.

Lehmann: Die Unterlassungspflicht im bürgerl. Recht. 1906.

Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl., Berlin und Leipzig, 1927.

Lobe, I: Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung, 1907.

Lutter: Das Patentgesetz, 9. Aufl., Berlin 1928.

Mannhardt: Der Unterlassungsanspruch bei den absoluten Rechten in DJZ. 1903, S. 416.

Meves: Der Schutz der Warenbezeichnungen, nach dem Gesetz vom 12. 5. 1894 bearbeitet. Berlin 1894.

Osterrieth: Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes, 1908.

Pinner-Elster: Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 8. Aufl., Berlin 1927.

Pinzger-Heinemann: Das Warenzeichenrecht, Berlin 1926.

Rhenius: Das Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen, Berlin 1897.

Rosenthal: Das Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 5. Aufl., Berlin-Leipzig 1922.

Schanze: Jnverkehrbringen und Feilhalten in Gew. RSch. 3, S. 38 ff.

Schmid: Das Warenzeichenrecht, Leipzig 1899.

Seligsohn: Das Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen, 3. Aufl., Berlin 1925.

Seligsohn: Das Patentgesetz, 6. Aufl., 1920.

Stenglein-Ebermayer: Die strafrechtlichen Nebengesetze des Deutschen Reiches, 5. Aufl., Berlin 1926.

Stephan-Berger: Das Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen, 4. Aufl., 1899.

Stephan-Schmidt: Der Schutz der gewerblichen Urheberrechte des Jn- und Auslandes, 1899.

Wassermann: Der unlautere Wettbewerb nach deutschem Recht, 2. Aufl. 1911.

Weidler: Die Rechtswirkung der Eintragung eines Warenzeichens. Leipzig 1914.

Zeitschriften und Abkürzungen

BGB.	Bürgerliches Gesetzbuch.
Bolze	Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen herausgegeben von Bolze.
DJZ.	Deutsche Juristen-Zeitung.
Gew.RSch.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Zeitschr. d. deutsch. Ver. f. Schutz d. gew. Eigentums, herausgegeben von Osterrieth.
Goltd. Arch.	Goltdammers Archiv für Strafrecht.
Gruchot.	Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot.
JW.	Juristische Wochenschrift.
LZ.	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
MuW.	Markenschutz und Wettbewerb, Monatsschr. f. Marken-Patent und Wettbewerbsrecht, herausgegeben von Wassermann.
OLG.	Oberlandesgericht.
PMZBl.	Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen, herausgegeben vom Patentamt.
RG.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RGStr.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Recht.	Das Recht, herausgegeben von Soergel.
RGBl.	Reichsgesetzblatt.
ROHG.	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
RuW.	Recht und Wirtschaft, herausgegeben v. Rathenau.
StGB.	Reichsstrafgesetzbuch.
StPO.	Strafprozeßordnung.
UW.	Unlauterer Wettbewerb. Vom 5. Jg. ab unter dem Titel: Markenschutz und Wettbewerb. (MuW)
UWG.	Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909.
Ziv.A.	Archiv f. d. zivilist. Praxis.
ZPO.	Zivilprozeßordnung.
WZG.	Das Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12. 5. 1894 (RGBl. S. 441) i. d. Fassg. v. 7. Dez. 1923 (RGBl. II, S. 445), mit Aenderung v. 21. III. 1925, (RGBl. II, S. 115) u. vom 26. III. 1926 (RGBl. II, S. 181.)

Lebenslauf.

Geboren am 25. Juli 1903 als Sohn des Gastwirts Franz Brink in Metelen in Westfalen, legte ich nach neunjährigem Besuche des humanistischen Gymnasiums zu Burgsteinfurt am 23. 3. 1923 die Reifeprüfung ab. Darauf widmete ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft und zwar zwei Semester an der Universität Freiburg i. Br., ein Semester an der Universität München und vier Semester an der Universität Münster. Das Studium gelangte durch das am 12. März 1928 beim Oberlandesgericht Hamm bestandene Referendarexamen zum Abschluss. Jch bekenne mich zur katholischen Konfession und besitze die preussische Staatsangehörigkeit.

Franz Brink.